Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas
Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 37, n. 1
ISSN (eletrônico) Nº 2447-8709

Editora-chefe: Prof. Pós-Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz de Assis.

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

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Cícero Donizeth Fernandes Almeida, Matheus de Toledo Dalecio

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Andrea Panzarola - LUM - Libera Università Mediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;
Prof. Dr. António Castanheira Neves - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Prof. Dr. José Ignácio Martinez Estay - Universidad de los Andes;
Prof. Dr. José Lebre de Freitas - Universidade Nova de Lisboa;
Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Prof. Dr. Marcel Storme - Law Faculty of the University of Ghent (Bélgica);
Prof. Dr. Nicola Picardi - Universitàdegli Studi di Roma "La Sapienza";
Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic - Universidade do Atacama – Chile;
Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Profª. Dra. Paula Costa e Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal);
Prof. Ms. Diego GermánMejía - Lemos – National University od Singapore, Faculty of Law, Singapur;
Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;
Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – IDP e UCB – DF;
Prof. Dr. Celso Lafer – FAPESP e USP;
Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;
Prof. Dr. Humberto Theodoro Junior – UFMG;
Prof. Dr. Jessé José Freir e de Souza – UFJF;
Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – UFPE e UNICAP;
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS;
Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo - PUC São Paulo;
Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB;
Profª. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS;
Profª. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR;
Profª. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS;
Profª. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP;
Profª. Dra.Samyra Haydê e Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE;
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.

Profª. Dra. Cidália Maria da Mota Lopes – Coordenadora da Coimbra Business School - ISCAC;
Prof. Dr. João Carlos Relvão Caetano – Universidade Aberta, Portugal.

Pareceristas atuantes:

1.2 - Prof. Diogo de Almeida Viana dos Santos - Faculdade Estácio de São Luis.
1.3 - Clarissa Tassinari - Universidade do Vale do Rio dos Sinos
2.1 - Lucas Tasquetto - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS
2.2 - Wagner Wilson Deiró Gundim - Mackenzie
3.1, 25.2 - Prof. Daniel Francisco Nagao Menezes - Universidade Presbiteriana Mackenzie
3.2 - Prof. José Eduardo Lourenço dos Santos - UNIVEN
3.3, 35.2 - Prof.ª Gianne Reis RJ - UERJ
4.1, 49.1. - Adriana Ferreira Serafim de Oliveira - UNESP (Rio Claro)
4.2 - Prof. Daniel Campos de Carvalho - UNIFESP
5.1, 19.2 - Prof. Cláudio José Franzolin - PUC-Campinas
5.2 - Prof.ª Gina Gouveia Pires de Castro - Univasf, IFPE, Uninassau
6.1 - Profª Gabriela Navarro - Goethe Universtät (Frankfurt)
6.2 - Profª Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça (UNIFOR)
6.3 - Giovani Corralo (UPF)
7.1 - Prof. César Augusto - Universidade Federal da Grandes Dourados
7.2 - Prof. Fernando Amorim - Centro Universitário CESMAC
7.3 - Prof.ª Mônica Teresa Costa Sousa – Universidade Federal do Maranhão
8.1 - Profª Angelica Carlini - Universidade Metropolitana de Santos
8.2 - Prof. Saulo Nunes de Carvalho Almeida - UNICATÓLICA
9.2 - Prof.ª Ana Keuly Luz Bezerra - UFPI
10.1 - Profª Carina de Castro Quirino - UERJ
10.2, 57.1 - Prof.Gustavo Barbosa de Mesquita Batista - UFPB
11.2 - Prof.ª Fernanda Nunes Barbosa - UniRitter
12.1, 18.1 - Etiene Bosco Brevliglieri - UEMS
12.2, 31.2 - Prof. Maurin Almeida Falcão - Universidade Católica de Brasília
13.1 - Prof. Ícaro Argolo Ferreira - FACEMP
13.2 - Tauã Lima Verdan - Faculdade Metropolitana São Carlos
14.1 - Matheus Faganello - UFRGS
14.2 - Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos - UDF
15.1 - Prof. Elias Jacob de Menezes Neto - Universidade do Vale do Rio dos Sinos
15.2 - Prof. Jorge Luis Fortes Pinheiro da Camara - UFRJ
15.3; 9.1 e 1.1 - Prof. Vicente de Paulo Augusto - UNIFOR
16.1 - Maria Cristina Zainaghi - UNIP
16.2 - Alexandre de Castro Catharina - UNESA
17.1 - Prof.ª Cleide Calgaro - Universidade de Caxias do Sul
17.2 - Prof. Leonel Pires Ohlweiler - Unilasalle-RS
17.3, 40.2 - José Eduardo Lourenço dos Santos - UNIVEM
18.2 - Eduardo Lima de Matos - UFSE
19.1 - Prof. Júlio Moraes Oliveira - FAPAM
20.1 - Aurélio Agostinho da Bôaviagem - FADIC
21.1. - Prof. Henrique Weil Afonso - FADIC
22.1 - Maria de Fátima Pessoa Lepkson - UCSAL

22.2 - Carolina Ellwanger - UFMS
22.3 - Vinícius Pinheiros Marques - UFT
23.1 - Prof. Carlos Alberto Simões de Tomaz - FUIT
23.2 - Prof. Giuseppe Tosi - UFPB
26.1 - José Carlos Buzanello - UNIRIO
26.2 - Wagner Fellounik - Centro Universitário Metodista
25.1 - Prof. Leonardo Gomes Penteado - UFLA, Lavras
25.3 - Prof.ª Sandra Negri - CONSEPE-UFMT/ NUPEDIA-UFMT
27.1, 35.1 - Prof.ª Daize Fernanda Wagner - UNIFAP/AP
27.2 - Prof.ª Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci - Universidade Presbiteriana Mackenzie
29.1, 45.3 - Prof.ª Cynthia Araújo - ESCOLA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM MINAS GERAIS
29.2 - Prof. Homero Lamarão Neto - CESUPA
30.1 - Prof. Lawrence Estivalet de Mello (UFBA)
30.2 - Prof. Jorge Luis Camara - UERJ
31.1 - Prof. Harrison Leite - Universidade Federal da Bahia e Universidade Estadual de Santa Cruz
32.1 - Angela Araújo do Silveira Espindola - UFSM
32.2 - Dilson Cavalcanti Batista Neto - UNASP
33.1, 59.2 - Prof. Hugo Schayer Sabino - Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul/ Unidade Universitária de Paranaíba - MS
31.2 - Prof. Maurin Almeida Falcão - Universidade Católica de Brasília
33.2 - Prof. Fernando Gonzaga Jayme - Universidade Federal de Minas Gerais
33.3, 57.3 - Prof. Edson Ricardo Saleme -Universidade Católica de Santos
34.2 - Livio Pero - Universidà degli Studi di Sassari
27.1, 37.1 - Prof.ª Ana Keuly Luz Bezerra - UFPI
37.2 - Prof. Eduardo Lima de Matos - UFS
37.3 - Prof.ª Marlene de Paula Pereira - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de MG
38.1 - Profª Anna Paula Bagetti Zeifert - UNIJUI
39.1 - Prof.ª Ana Virginia Gomes - UniFor
39.2 - Prof. Vinicius Pacheco Fluminhan - Universidade Presbiteriana Mackenzie
40.2 - José Rodrigo Rodriguez - UNISINOS
41.1 - Prof.ª Ancilla Caetano Galera Fuzishima - Doutoranda Goethe Universtät (Frankfurt) Professora UFLA
41.2 - Prof.ª Fernanda Nunes Barbosa - UniRitter
41.3 - Prof. Fernando Amorin - Centro Universitário CESMAC
42.1 - Felipe Kern Moreira - UFRG
45.1 - Prof. Homero Lamarão - CESUPA
45.2, 54.1 - Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes - Universidade Presbiteriana Mackenzie
46.1 - Prof.ª Fernanda Busanello Ferreira - UFG
46.2 - Prof. Ramon Rebouças - UFERSA
47.1 - Prof. Thiago Penido Martins - UEMG
47.2 - Prof.ª Larissa Satie Fuzishima Komuro - UFMS
48.1 - Profª Cynthia Pereira de Araújo - PUCMG
48.2, 56.1 - Prof.ª Larissa A. Coelho (Universidade do Minho)
48.3 - Prof. Clarindo Epaminondas de Sá Neto - UFSC

49.1 - Prof.ª Adriana Serefim Ferreira de Oliveira - Universidade Estadual de São Paulo
49.2 - Prof. Osvaldo Ferreira de Carvalho - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade de Goiânia
50.1, 53.3 - Prof. Leonardo Simchen Trevisan – não vinculado
50.2, 54.2 - Prof. Eduardo de Carvalho Rego- CESUSC
51.1, 71.2 - Prof. Wiliander França Salomão - Universidade de Itaúna/MG
51.2 - Prof. Lourival José de Oliveira - FACCAR
52.1 - Prof. Isael José Santana - UEMS
52.2 - Prof. Maiquel Angelo Dezordi Wermuth
53.1 - Prof.ª Cleide Calgaro - Universidade de Caxias do Sul
53.2 - Prof. Rafael Zelesco Barretto - Universidade Presbiteriana Mackenzie
55.1 - Prof.ª Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff - Universidade Federal de Uberlândia
55.2 - Prof.ª Isabelle Dias Carneiro Santos - UFMS
57.1 - Prof.Gustavo Barbosa de Mesquita Batista - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco
56.2 - José Alberto Antunes Miranda
57.2 - Prof. Lucas Catib de Laurentiis - PUC-Campinas
58.2 - Prof. Lucio Flávio Joichi Sunakozawa - UEMS
59.1 - Prof. Cristian Kiefer da silva - NEWTON / UNA / FAMINAS-BH
60.2 - Prof. Nikolay Henrique Bispo - FGV
61.2, 62.2 - Prof. Guilherme César Pinheiro - UEMG
63.1 - Prof. Marco Wandercil da Silva - PUC-Campinas
63.2 - Prof. José Alberto de Miranda - UNILASALLE
64.2 - Cláudio Ribeiro Lopes - UFMS
65.2 - Prof.ª Carinna Gonçalves Simplício - Instituto Mineiro de Gestão das Águas - IGAM, Belo Horizonte - MG
65.3 - Prof. Diogo de Almeida Viana dos Santos - Faculdade Estácio de São Luís
67.1 - Prof. Agostinho Oli Koppe Pereira - Universidade de Caxias do Sul
67.2 - Prof. Roberto Correia da Silva Caldas - Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas
68.1 - Prof. Julio Moraes Oliveira - CEJU/FAPAM
68.2 - Prof. Marcelo Lauar Leite - UFERSA
69.1 - Prof. Ícaro Argolo Ferreira - FACEMP
69.2 - João Maurício Martins de Abreu - PUC - RIO
71.1 - Prof.ª Maria Virgínia Leal - UFPE
71.2 - Prof. Wiliander França Salomão - Universidade de Itaúna/MG
72.1 - Prof. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo - UEL
72.2 - Silvio Beltramelli - PUCCAMP
73.1 - Rafael Lazzarotto Simioni - FDSM
73.2 - Samuel Mendonça - UNICAMP

Bibliotecária responsável: Jaqueline de Faria Monteiro Martins.

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.

Linha editorial: Constitucionalismo e Democracia.

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; Latindex; Portal de Periódicos; Sumários.org; DOAJ; Diadorim; Blook.

Correspondência: Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, cartas aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada para revista@fdsm.edu.br. Endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000 – Tel./Fax: (35) 3449-8106.

Normas para a submissão de artigos:
Disponíveis em: https://www.fdsm.edu.br/posgraduacao/revista.php

Faculdade de Direito do Sul de Minas:
Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende
Fundador: Evaristo Toledo
Coordenação Financeira: Luiz Otávio de Oliveira Rezende
Coordenação de Graduação: Elias Kallás Filho
Coordenação Científica e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

ISSN 1516-4551

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. 37, n. 1 (jan./jun. 2021)

Semestral 2021
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

Nesta edição da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas a proposta é levar os leitores à reflexão sobre temas integrantes do eixo central de sua linha editorial, Constitucionalismo e Democracia.

A relação entre Constitucionalismo e Democracia enseja discussões filosófico-constitucionais que têm se apresentado como referenciais teóricos de inúmeros estudos e pesquisas.

Neste sentido Sultany[1] (2012) apresenta um interessante estado da arte que remete a análise desta relação sob dois vieses centrais, o discurso da união e da desunião entre os termos, ou seja, democracia e constitucionalismo vistos como conceitos harmônicos, tal como preconizado, por exemplo, por Ronald Dworkin, John Rawls e Jurgen Habermas, ou como conceitos conflitantes, como apontado por Louis Seidman e Jeremy Waldron.

Percebe-se, assim, que o eixo central dos textos constantes na edição desta revista apresenta-se como problemática central de pesquisas não apenas no Brasil, mas também no mundo. A relação entre Democracia e Constitucionalismo revela um paradoxo entre conceitos como soberania popular e poder constituinte, como apontado por Chueiri e Godoy[2] (2010).

Ademais, 2020 foi marcado não apenas por uma pandemia global (COVID-19), mas por uma profunda e angustiante reflexão sobre democracia, direitos humanos e fundamentais, ante a ascensão da extrema direita em diversas partes do mundo, inclusive no Continente Americano, os impactos da comunicação em massa proporcionados pelas redes sociais, a disseminação de "fake news" e seus impactos nas eleições presidenciais em países como Estados Unidos da América e Brasil, o aumento do discurso de ódio nas redes sociais etc. Tudo isso são fenômenos globais que têm levado estudiosos a questionar qual o rumo da democracia.

Assim, discutir e pesquisar sobre Constitucionalismo e Democracia se apresenta ainda mais relevante neste momento histórico que se vivencia em nosso país ante a atuação dos representantes dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – tanto no que tange ao respeito às normas constitucionais e sua interpretação, bem como aos rumos e ameaças que diuturnamente são vislumbradas em relação à democracia.

---

1 SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory. The paradox of constitutional democracy and the project of political justification. *Harvard Civil Rights-Civil liberties Law Review.* 2012, v. 47, p. 373-455.

2 CHUERI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. São Paulo: *Revista Direito GV.* Jan-Jun/2010, p. 159-74.

A presente edição conta com 19 artigos escritos por pesquisadores nacionais e internacionais, de várias áreas e temáticas diversas, entretanto, todos os textos estabelecem intersecções com democracia e/ou constitucionalismo.

O primeiro texto, intitulado **A contribuição do pluralismo jurídico na Bolívia para o sistema de justiça latino-americano**, apresenta uma interessante discussão sobre a possibilidade de reconfiguração do sistema jurídico latino-americano a partir da participação dos povos indígenas e tradicionais.

O artigo **A hermenêutica filosófica e a jurisdição constitucional: o juiz no processo tributário** apresenta como as teorias de Hans-Georg Gadamer e Martin Heidegger influenciam a jurisdição constitucional no âmbito do processo judicial tributário.

Elegendo como marcos teóricos Robert Alexy e Ingo Wolfgang Sarlet analisa-se a dimensão subjetiva do direito fundamental à herança no terceiro artigo **A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança.**

Com base na obra *Do mágico ao social,* de Moacyr Scliar, em **A saúde entre paradigmas científicos e não científicos: o caso *fosfoetanolamina sintética*** discute-se a multiplicidade de fatores que influenciam o direito à saúde, inclusive não científicos.

A vulnerabilidade social da mulher brasileira é abordada em **Democracia e justiça social: a importância do enfrentamento da violência de** gênero através da análise dos impactos e desdobramentos da pandemia COVID-19.

A relação entre liberdade artística e o campo estético, tendo como referencial teórico o filósofo Arthur Danto, é o tema do artigo **Direito e Arte: em defesa do "feio" na liberdade de expressão artística**.

Estado e Direito no trânsito paradigmático: análise ético-política da configuração familiar pós-moderna discorre sobre a desafiadora e complexa convivência com a diversidade, enseja a (re)configuração de alguns conceitos e institutos atrelados à temática família, por um viés filosófico e sociológico, prima pela garantia da dignidade da pessoa humana, analisa-se a interferência da dialética jurídico-estatal e o contexto espaço-temporal para a pluralidade de configuração familiar na pós-modernidade.

O oitavo texto traz em seu próprio título sua ementa: **Estado soberano, novos atores internacionais e Direitos Humanos: transformações do segundo pós-guerra**. Nele, são problematizadas as contribuições desses novos atores internacionais para a afirmação dos direitos humanos num mundo globalizado e a construção de um mínimo ético comum.

Existe uma ciência do Direito? Essa é a pergunta/título do artigo que apresenta com base em teorias filosóficas e jurídica uma resposta provisória a esta questão que tem ensejado muitos debates no meio científico.

Em **Globalização, capital e democracia: consequências multifacetadas no Brasil e na Amazônia**, a proposta é ensejar a reflexão acerca dos problemas da Amazônia, desde a colonização do país, pela inter-relação entre globalização, capital e democracia.

No artigo **Habermas and the issue of religion in the public space: critical contributions to a new view on state laicity** são apresentados os principais conceitos formulados por Habermas em defesa da participação religiosa no espaço público e os parâmetros por ele endossados como forma de garantir a neutralidade do Estado, contrapondo-os a teses de autores brasileiros a fim de demonstrar seus limites e possibilidades na realidade brasileira.

Em **Nexo de causalidade no Direito Civil brasileiro: importância e aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes**, analisa-se à aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes como fundamento do nexo de causalidade na responsabilidade civil a partir do Código Civil de 2002.

Pela análise da evolução histórica das constituições espanholas, o artigo **O direito fundamental ao trabalho na Espanha – Excerto sobre o binômio direito--dever** propõe uma reflexão sobre a dicotomia direito-dever nas relações tuteladas pelo Direito do Trabalho.

O espelhamento via *QR Code* como meio híbrido de obtenção de prova e sua (i)licitude à luz da Constituição Federal traz apontamentos acerca de direitos e garantias fundamentais individuais, traçando um paralelo com institutos como interceptação telefônica e seus trâmites, apresentando uma reflexão necessária sobre novos meios de comunicação, como via whatsapp web e os limites do Estado em sua atividade persecutória.

A compreensão dos impactos dos precedentes no judiciário, pós-Código de Processo Civil de 2015 na judicialização da saúde, através do estudo do Recurso Especial Repetitivo gerador do Tema 106 do STJ, foi o objeto da discussão do artigo **O precedente judicial vinculante e a judicialização da saúde: estudo do Tema 106 do STJ.**

No artigo **Tensões e (in)constitucionalidade na imunidade parlamentar: uma abordagem do caso Maria do Rosário *x* Jair Bolsonaro**, analisa-se o instituto da imunidade parlamentar material através da contextualização da condenação do deputado federal, o posicionamento jurisprudencial do STF, da doutrina e da hermenêutica constitucional.

A recusa da instalação da Fundação CASA em municípios do Estado de São Paulo a partir da análise das ADIs, das competências dos Estados e da União preceituadas na Constituição Federal e na Constituição do Estado é o tema central do artigo **A (não) aceitação da Fundação CASA em municípios de São Paulo: uma análise à luz de Ações Diretas de Inconstitucionalidade**.

A discussão sobre a instrumentalidade do direito tributário, em seu caráter fiscal e extrafiscal, para efetivação de políticas públicas ambientais é a reflexão proposta em **Tributação ambiental no Brasil: concretização de políticas públicas ambientais e desenvolvimento sustentável**.

Por derradeiro, em **Um diálogo (im)possível: Niklas Luhmann e a modernidade/colonialidade** propõe-se um diálogo entre as teorias de sistemas de Luhmann e a modernidade/colonialidade, demonstrando seus paradoxos e contradições.

Boa leitura e boas reflexões!

Profa. Dra. Ana Claudia dos Santos Rocha
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

SUMÁRIO / CONTENTS

Editorial ..... **III**

A contribuição do pluralismo jurídico na Bolívia para o sistema de justiça latino-americano **1**
The contribution of legal pluralism in Bolivia to the Latin american justice system
Marcelino da Silva Meleu ■ Aleteia Hummes Thaines

A hermenêutica filosófica e a jurisdição constitucional: o juiz no processo tributário **19**
The philosophical hermeneutics and the constitutional jurisdiction: the judge in the tax procedural
Nathalie Kuczura Nedel ■ Patrícia Adriani Hoch

A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança **43**
The subjective dimension of the fundamental right to inheritance
Raphael Rego Borges Ribeiro

A saúde entre paradigmas científicos e não científicos: o caso *fosfoetanolamina sintética* **63**
Health between scientific and non-scientific paradigms: the synthetic phosphoethanolamine case
Janaína Machado Sturza ■ Melina Macedo Bemfica

Democracia e justiça social: a importância do enfrentamento da violência de gênero **87**
Democracy and social justice: the importance of tackling gender violence
Thaís Agnoletti Alcova ■ Edinilson Donisete Machado

Direito e Arte: em defesa do "feio" na liberdade de expressão artística **107**
Law and Art: in defense of the "ugly" in the freedom of artistic expression
Fernanda Nunes Barbosa ■ Michelli Linhares de Bastos

Estado e Direito no trânsito paradigmático: análise ético-política da configuração familiar pós-moderna **129**
State and Law in paradigmatic transit: ethical-political analysis of postmodern family configuration
Letícia Prazeres Falcão ■ Delmo Mattos da Silva

Estado soberano, novos atores internacionais e Direitos Humanos: transformações do segundo pós-guerra 149
Sovereign state, new international actors and Human Rights: transformations of second post-war
Gilmar Antonio Bedin ■ Aline Michele Pedron Leves ■ André Giovane de Castro

Existe uma ciência do Direito?..... 171
Is there a science of Law?
Sergio Nojiri

Globalização, capital e democracia: consequências multifacetadas no Brasil e na Amazônia..... 193
Globalization, capital, and democracy: multifaceted consequences in Brazil and the Amazon rainforest
Victor Melo Fabrício da Silva ■ Mônica Nazaré Picanço Dias

Habermas and the issue of religion in the public space: critical contributions to a new view on state laicity..... 215
Habermas e a questão da religião no espaço público: contribuições críticas para um novo olhar acerca da laicidade estatal
Raique Lucas de Jesus Correia ■ Marta Gama ■ Fernanda Busanello Ferreira

Nexo de causalidade no Direito Civil brasileiro: importância e aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes..... 239
Causation in brazilian Civil Law: importance and application of the equivalence theory of antecedents
José Antonio Remedio ■ Gustavo Henrique de Oliveira

O direito fundamental ao trabalho na Espanha – Excerto sobre o binômio direito-dever 259
The fundamental right to work in Spain – Constitutional excerpt on the binomial right-duty
Alexandre Coutinho Pagliarini ■ Arthur Augusto Garcia

O espelhamento via *QR Code* como meio híbrido de obtenção de prova e a sua (i)licitude à luz da Constituição Federal 285
Mirroring via QR Code *as a hybrid measurement to get proof and its (i)lawfulness in the light of the Federal Constitution*
Muriel Amaral Jacob ■ Sander Silva Ferreira

O precedente judicial vinculante e a judicialização da saúde: estudo do Tema 106 do STJ..... 311
The binding judicial precedent and the judicialization of health: study of the Theme 106 from STJ
Peter Panutto ■ Rebeca de Queiroz Martins

Tensões e (in)constitucionalidade na imunidade parlamentar: uma abordagem do caso Maria do Rosário × Jair Bolsonaro 331
Tensions and (in) constitutionality in parliamentary immunity: an approach to the Maria do Rosário × Jair Bolsonaro case
Ícaro Argolo Ferreira ■ Vivaldo Oliveira Queiroz Filho

The (non) acceptance of Fundação CASA in São Paulo's municipalities: an analysis in the light of direct actions of unconstitutionality 355
A (não) aceitação da Fundação CASA em municípios de São Paulo: uma análise à luz de ações diretas de inconstitucionalidade
Jadir Pires de Borba ■ Wilson Levy Braga da Silva Neto

Tributação ambiental no Brasil: concretização de políticas públicas ambientais e desenvolvimento sustentável 377
Environmental taxation in Brazil: implementation of environmental public policies and sustainable development
João Otávio Bacchi Gutinieki ■ Rafael de Souza Mendonça ■ Tiago Cappi Janini

Um diálogo (im)possível: Niklas Luhmann e a modernidade/colonialidade 395
A (im)possible dialogue: Niklas Luhmann and modernity/coloniality
José Ribas Vieira ■ Diogo Bacha e Silva

A CONTRIBUIÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NA BOLÍVIA PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA LATINO-AMERICANO

THE CONTRIBUTION OF LEGAL PLURALISM IN BOLIVIA TO THE LATIN AMERICAN JUSTICE SYSTEM

Marcelino da Silva Meleu*
Aleteia Hummes Thaines**

RESUMO

O trabalho discute a contribuição do pluralismo jurídico para o sistema de justiça latino-americano. Para a discussão, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: É possível realizar uma reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, a partir da participação dos povos indígenas e tradicionais? Tem por objetivo geral, discutir a reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, a partir do reconhecimento dos povos indígenas e tradicionais. E, por objetivos específicos: a) estudar a reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, o que tange a questão indígena e o pluralismo jurídico; e b) analisar o novo sistema de justiça boliviano e a implementação do Tribunal Indígena a partir da Constituição de 2009. O aprofundamento teórico pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras, apoiando-se no método dedutivo. Como resultado, se observou que o pluralismo jurídico assegurou uma reconfiguração do sistema de justiça latino-americano, reconhecendo os direitos dos povos tradicionais como forma de efetivação dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Constitucionalismo latino-americano. Pluralismo jurídico. Sistema de justiça. Tribunal indígena. Convenção n. 169 da OIT.

---

* Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Unisinos. Professor universitário. Advogado. Filiação institucional: Coordenador do Curso de Direito e Coordenador adjunto do Mestrado em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Líder do grupo de pesquisa CNPq "Direitos fundamentais; Cidadania & Justiça". E-mail: mmeleu@furb.br.

** Doutora e Pós-Doutora em Direito pela Unisinos. Docente do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Regional e do Curso de Direito da FACCAT. Integrante do grupo de pesquisa: Instituições, Ordenamento Territorial e Políticas Públicas para o Desenvolvimento Regional do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Regional da FACCAT. Filiação institucional: Faculdades Integradas de Taquara/RS. E-mail: ale.thaines@gmail.com.

ABSTRACT

The paper discusses the contribution of legal pluralism to the Latin American justice system. For the discussion, the following research problem was formulated: Is it possible to reconfiguration the Latin American legal system, based on the participation of indigenous and traditional peoples? Its general objective is to discuss the reconfiguration of Latin American legal culture, based on the recognition of indigenous and traditional peoples. And, for specific objectives: a) to study the reconfiguration of the Latin American legal system, which concerns the indigenous issue and legal pluralism, and; b) to analyze the new Bolivian justice system and the implementation of the Indigenous Court from the 2009 Constitution. The theoretical deepening is based on bibliographic research, embodied in the readings of several works, based on the deductive method. As a result, it was observed that legal pluralism ensured a reconfiguration of the Latin American justice system, recognizing the rights of traditional peoples as a way of effective human rights.

Keywords: Latin American constitutionalism. Legal pluralism. Justice system. Indigenous court. ILO Convention n. 169.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade analisar a recepção do pluralismo jurídico, demonstrando a existência de uma reconfiguração do sistema jurídico na América Latina, especialmente, no que tange à participação dos povos indígenas partindo de uma análise do sistema jurídico boliviano. No intuito de se verificar uma resposta ao tema proposto, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: É possível realizar uma reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, a partir da participação dos povos indígenas e tradicionais? Nesse sentido, a reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, especialmente a partir da implementação do Tribunal Indígena, uma vez que a sociedade latino-americana faz surgir um Novo Constitucionalismo Latino-Americano[1], colocando em xeque diversos conceitos das teorias clássicas.

Esse movimento apresenta em comum, a introdução, naquelas sociedades, do conceito de diversidade cultural e reconhecimento de direitos indígenas específicos, incorporando um largo catálogo de direitos indígenas, afro e de outros coletivos, em especial como reflexo da Convenção n. 169 da Organização Inter-

[1] "A trajetória de [re]apropriação histórico-cultural das populações indígenas na América Latina provocou uma onda de constitucionalização de direitos e liberdades fundamentais orientadas agora por uma leitura moral do Direito, voltada para o reconhecimento do outro, acomodando a diversidade etnicorracial e a pluralidade de culturas no discurso do multiculturalismo. *In:* NASCIMENTO, Sandra. *Constituição, Estado Plurinacional e Autodeterminação Étnico-Indígena:* um giro ao constitucionalismo latinoamericano. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5c5a93a042235058>. Acesso em: 04 out. 2018.

nacional do Trabalho (OIT)[2], no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Tal cenário propõe a "refundação do Estado", com reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos e discutindo o fim do colonialismo.

Nesse sentido, a Bolívia representa um marco no novo constitucionalismo na América Latina, especialmente por implementar em sua estrutura normativa um Tribunal Indígena. Esse estudo se justifica pela necessidade de implementação de ações sociais dirigidas às comunidades indígenas, de modo a responder juridicamente os anseios desta parcela da sociedade comumente esquecida pelos sistemas políticos e jurídicos, o que leva à diversas disputas, principalmente no que tange ao seu direito de autodeterminação e autonomia.

Além disso, este trabalho tem por objetivo geral, discutir a reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, a partir do reconhecimento dos povos indígenas. E, por objetivos específicos: a) estudar a reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, o que tange a questão indígena e o pluralismo jurídico, e; b) analisar o novo sistema de justiça boliviano e a implementação do Tribunal Indígena a partir da Constituição de 2009.

O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras, apoiando-se em um método dedutivo. Este trabalho está estruturado em duas partes: na primeira parte será discutida a reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, abordando a questão indígena e sua abertura para o pluralismo jurídico e, num segundo momento, se analisará o novo sistema jurídico boliviano a partir da implementação do Tribunal Indígena.

A reconfiguração do sistema jurídico latino-americano e a sua abertura para um pluralismo jurídico

A sociedade, em especial, a latino-americana, está reorganizando seus fundamentos sob o influxo da Declaração das Nações Unidas e da Convenção

---

[2] "A Convenção n. 169, sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em l989, revê a Convenção n. 107. Ela constitui o primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais. A Convenção aplica-se a povos em países independentes que são considerados indígenas pelo fato de seus habitantes descenderem de povos da mesma região geográfica que viviam no país na época da conquista ou no período da colonização e de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Aplica-se, também, a povos tribais cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros segmentos da população nacional." *In:* Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT* – Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011, 1 v. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 05 out. 2018.

Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), visando reconhecer, por meio de textos constitucionais, um protagonismo indígena, discutindo sua autonomia, pautado numa concepção pluralista. Por esse motivo, faz-se necessário uma sucinta abordagem do que consiste na ideia de pluralismo jurídico.

Como já mencionado, Antonio Carlos Wolkmer propõe a superação do monismo jurídico por meio da recepção de um pluralismo jurídico comunitário-participativo[3]. As concepções pluralistas questionam as instituições estatais, pois entendem que estas são incapazes de dar respostas os novos anseios sociais e a resolver os conflitos de massa, considerando o monismo como verdadeiro obstáculo para a efetivação dos direitos humanos[4].

Por esse motivo, "o pluralismo comunitário constitui um modelo normativo [...] que concebe determinadas condições básicas e ideais para o desenvolvimento de uma nova cultura no direito, plural e participativa"[5]. Essa nova concepção ganha relevância, a partir do momento em que devolve o poder de ação à comunidade, visando efetivar os direitos das minorias, pautada na interpretação plural de fontes[6].

Wolkmer também entende o pluralismo jurídico numa perspectiva de alteridade e de práticas sociais participativas, constituindo um locus privilegiado para a compreensão de elementos multiculturais, ou seja, no intuito de "conceber uma pluralidade de culturas na sociedade, de estimular a participação de grupos culturais minoritários e de comunidades étnicas que se aproxima da temática do 'multiculturalismo'"[7].

No âmbito jurídico, essa pluralidade retrata

---

3 CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico:* os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

4 CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico:* os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

5 CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico:* os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

6 CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico:* os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

7 CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico:* os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

> [...] a coexistência de normatividade diferenciadas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como intento práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado[8].

Ou seja, o reconhecimento do pluralismo jurídico-ético passa pelo reconhecimento das minorias e dos povos indígenas originários como atores essenciais da integração do desenvolvimento e da consolidação da democracia e da defesa dos direitos fundamentais[9]. Tal afirmação reflete a realidade de alguns países da América Latina, onde a demanda por estabelecer autonomias territoriais indígenas constitui, hoje em dia, uma substantiva relação entre os povos indígenas e os Estados. Atualmente, cerca de seis países incluíram, em suas respectivas Constituições, alguma forma de autonomia territorial indígena ou multiétnica: Panamá (1972), Nicarágua (1987), Colombia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009)[10].

Os regimes autônomos na América Latina não são regras, mas sim exceções. Apesar do Direito Internacional estabelecer e garantir que os povos indígenas tenham uma autonomia, especialmente a territorial, muitos Estados ainda consideram isso uma ameaça aos princípios da integridade e da soberania e, por via de consequência, à norma jurídica e ao monismo[11].

Esses regimes autônomos se caracterizam pela inclusão, na organização estatal, de entidades indígenas inserindo, assim, mecanismos normativos que

---

8 CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico:* os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 222.

9 DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. *A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009.* Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20constru%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

10 GONZÁLES, Miguel. Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonômicos (desde El Estado) em América Latina. *In:* GONZÁLES, Miguel; MAYOR, Araceli Burguete Cal y; ORTIZ-T., Pablo. *La autonomia a debate:* autogobierno indígena y Estado plurinacional em América Latina. Quito: FLACSO, Sede Ecuador: Cooperación Técnica Alemana – GTZ: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropologia Social – CIESAS: Universidade Intercultural de Chiapas – UNICH, 2010.

11 GONZÁLES, Miguel. Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonômicos (desde El Estado) em América Latina. *In:* GONZÁLES, Miguel; MAYOR, Araceli Burguete Cal y; ORTIZ-T., Pablo. *La autonomia a debate:* autogobierno indígena y Estado plurinacional em América Latina. Quito: FLACSO, Sede Ecuador: Cooperación Técnica Alemana – GTZ: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropologia Social – CIESAS: Universidade Intercultural de Chiapas – UNICH, 2010, p. 37.

reconheçam, constitucionalmente, a autonomia dessas entidades. No caso em que existem autonomias territoriais e regimes autônomos constituídos e funcionando pode-se destacar algumas características comuns. Dentre esses elementos comuns, pode-se enfatizar: a transferência de níveis variados de capacidade na tomada de decisão e competências administrativas pelos indígenas; criação de estruturas políticas que funcionam dentro de uma jurisdição legalmente reconhecida, e, principalmente a delimitação de um território onde se exercem direitos coletivos sobre a terra e os recursos naturais[12].

Nesse contexto, observa-se que os regimes autônomos formalmente reconhecidos nas Constituições Políticas, como é o caso da Bolívia, com o Tribunal Indígena, e do Equador, são a expressão de novas formas de articulação entre as autonomias como regime de governo e o paradigma do Estado Plurinacional[13], sendo que estes mecanismos protegem e garantem o direito à autonomia e a autodeterminação dos povos indígena. Direitos esses que vão de encontro ao que disciplina a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas.

Esse cenário "[...] de complexidade não nos impossibilita de admitir que o principal núcleo para qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito"[14]. Tal postura minimiza ou nega o monopólio de criação das normas jurídicas por parte do Estado, priorizando a produção de outras formas de regulamentação, como aquela oriunda da própria comunidade. "Além de não se revestir da única ordenação jurídica existente, o Estado convive com outras ordenações, ora em relação de coexistência social, ora em relação de luta"[15], que não obstaculiza a sua juridicidade[16].

---

12 GONZÁLES, Miguel. Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonômicos (desde El Estado) em América Latina. *In:* GONZÁLES, Miguel; MAYOR, Araceli Burguete Cal y; ORTIZ-T., Pablo. *La autonomia a debate:* autogobierno indígena y Estado plurinacional em América Latina. Quito: FLACSO, Sede Ecuador: Cooperación Técnica Alemana – GTZ: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropologia Social – CIESAS: Universidade Intercultural de Chiapas – UNICH, 2010, p. 37.

13 GONZÁLES, Miguel. Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonômicos (desde El Estado) em América Latina. *In:* GONZÁLES, Miguel; MAYOR, Araceli Burguete Cal y; ORTIZ-T., Pablo. *La autonomia a debate:* autogobierno indígena y Estado plurinacional em América Latina. Quito: FLACSO, Sede Ecuador: Cooperación Técnica Alemana – GTZ: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropologia Social – CIESAS: Universidade Intercultural de Chiapas – UNICH, 2010, p. 58.

14 WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura do direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 168.

15 WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura do direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 173.

16 Para Wolkmer, "a crise e o exaurimento das estruturas centralizadoras do Estado moderno favorecem o desenvolvimento de limitações a este poder", com "a reordenação do espaço pú-

Tais fatos evidenciam a incapacidade dos atuais sistemas jurídicos de relacionar a pragmática jurídica e a teoria jurídica, apresentando espaços em branco entre a dogmática jurídica e sua incidência social. Por esse motivo, como já tratado, faz-se necessária uma releitura do Direito, especialmente em uma sociedade multicultural, onde há uma maior incidência de complexidades. Exemplo disso, foi vivenciado pela Bolívia onde ocorreu uma reestruturação no ordenamento jurídico, por meio de uma nova Constituição, reconhecendo assim o protagonismo indígena, através da criação de um Tribunal Indígena, a fim de considerar suas raízes e suas crenças. Tal situação, estaria revelando que conceitos e estruturas tradicionais merecem uma nova análise com vistas a efetivar o Estado Democrático de Direito que prima pela dignidade da pessoa humana e, assim, efetivando o Direito das minorias, em especial o Direito Indígena.

O sistema de justiça boliviano como modelo para a reconfiguração do sistema de justiça latino-americano

A Convenção Internacional mais importante que vem a garantir e reconhecer os direitos dos povos indígenas e tribais respeitando a diversidade étnica e cultural é a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho[17]. Essa Convenção objetiva garantir aos povos indígenas, o direito à terra e ao território; o direito à autodeterminação e a autorregulação, bem como, o direito à saúde e educação com o reconhecimento de sua língua e a proteção do Estado. Há décadas a Bolívia tinha como projeto integrar os indígenas à sociedade nacional, contudo, inúmeros problemas surgiram e várias dessas políticas indigenistas foram frustradas[18].

Por esse motivo, para se pensar num pluralismo étnico-jurídico, tem-se que superar alguns desafios, um deles é realizar uma releitura da teoria jurídica moderna, a fim de rediscutir conceitos dogmáticos, tais como: princípio da soberania do Estado, conceito de nação[19], bem como, conceito de Direito.

---

blico comunitário participativo e a consolidação hegemônica do poder de autorregulação dos sujeitos sociais possibilita a retomada, o alargamento e a difusão de procedimentos de intervenção popular direta na Justiça penal, na Justiça civil e na Justiça do trabalho". *In:* WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura do direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 278-279.

17 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT* – Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011, 1 v. Disponível em: < http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 05 out. 2018.

18 DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. *A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009.* Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20constru%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

19 DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. *A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009.* Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/

A promulgação da Constituição Boliviana se deu após intenso e extenso processo constituinte, a qual teve a participação de diversos setores políticos e sociais, incluindo representantes de 16 nacionalidades indígenas, que contrapôs governo e oposição, o que resultou na ratificação de um novo Texto Constitucional, o qual foi aprovado em referendo popular no mês de janeiro de 2009.

A referida Constituição é a mais avançada em termos de incorporação da temática indígena, sendo considerada uma inovação no que tange as novas figuras de autonomia dos povos indígenas. O art. 2º do referido ordenamento disciplina que, em virtude da existência pré-colonial das nações e povos indígenas originários campesinos e sua dominação ancestral sobre seus territórios é garantido à eles a livre determinação que consiste em seu direito a autonomia, ao autogoverno, a sua cultura e ao reconhecimento de suas instituições e a consolidação de sua identidade territorial.

A Carta Magna Boliviana de 2009 se apresenta como um marco ao Constitucionalismo latino-americano e desde seu preâmbulo[20] deixa clara a ruptura com a forma de Estado vigente até então, seja colonial, republicano ou neoliberal e funda um Direito plurinacional, uma vez que constitucionaliza o pluralismo étnico e cultural, "assim como sua aplicabilidade no sentido de promover o

---

congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20constru%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

[20] Preâmbulo da Constituição da Bolívia de 2009. Em tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra com rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.El pueblo boliviano, de composición plural, dede la profundidad de la historia, inspirado em las luchas del pasado, em la sublevación indígena anticolonial, em la independencia, en las luchas populares de lireración, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, em las guerras del agua y de octubre, em las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos um nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidariedad, armonía y equidad en la distribuición del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolívia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Assemblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia. BOLÍVIA. *Constituição da Bolívia de 2009.* Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2014.

desenvolvimento econômico e social reestabelecendo a nível jurídico o vínculo entre a mãe terra/natureza com as comunidades humanas"[21]. Nesse viés, "o Estado Plurinacional seria a síntese maior de cada identidade que o compõe fundado na pluralidade cultural, jurídica e política"[22], pois "[...] a Bolívia, ao reconhecer-se enquanto Estado pluriétnico e multicultural pôs fim a ficção de Estado enquanto uma única nação"[23].

Além disso, esse novo ordenamento proporcionou uma radicalização democrática da própria estrutura da justiça constitucional com a previsão de eleições diretas por voto popular para os seus membros, os quais terão um mandato e não serão vitalícios. O Tribunal também passaria a ser plurinacional, pois teria membros eleitos pelo sistema eleitoral ordinário e pelo sistema indígena, uma vez que, o novo Texto Constitucional considera que a soberania se encontra no povo boliviano e se exerce de forma direta e delegada, emanando dela as funções e atribuições dos órgãos do poder público. Tal soberania entende ser inalienável e imprescritível[24].

Esse novo contexto prevê, o surgimento de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, que se pretende consolidar por meio da inserção de uma educação democrática, participativa, comunitária e descolonizadora (art. 78, I), entre outras, sendo intercultural e intracultural em todo o sistema educativo (art. 78, II; 91, II, em relação ao Ensino Superior), fomentando o diálogo intercultural, a igualdade de gênero, a não violência e a vigência de Direitos Humanos (art. 79). A erradicação do analfabetismo deve respeitar a realidade cultural e linguística da população (art. 84), e é garantida a liberdade de fé, de consciência, de ensino da religião, "assim como a espiritualidade das nações e povos indígenas campesino originários." (art. 86). Os saberes, conhecimentos, valores, espiritualidades e cosmovisões tradicionais são reconhecidos como patrimônio nacional (arts. 98, II e 100, I), inclusive com registro de propriedade intelectual (art. 100. II c/c 99, II)[25].

---

21 DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. *A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009.* Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20construu%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

22 DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. *A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009.* Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20constru%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

23 DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. *A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009.* Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20construu%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

24 Como se observa do art. 7º da Constituição Boliviana. BOLÍVIA, *op. cit.*

25 Artigos da Constituição boliviana. *In:* BOLÍVIA. *Constituição da Bolívia de 2009.* Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2014.

A nova Constituição boliviana representa um novo "pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas"[26] e que se propõe a um pluralismo, o qual, para de fato se caracterizar, deve englobar "fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no direito"[27].

E, nesse contexto, a Carta da Bolívia, ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do país propõe a jurisdição indígena como um direito inviolável e universal.

As peculiaridades do Tribunal Indígena

O novo Texto Constitucional da Bolívia reconhece direitos às nações e povos indígenas originários e campesinos, considerando tal parcela como toda a coletividade humana que compartilha identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, territorialidade e cosmovisão, e, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola (art. 30, I) ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do país, propondo a jurisdição indígena como um direito inviolável e universal.

Os inseridos nesta condição gozam de direitos como: a livre existência; o reconhecimento de sua identidade cultural, religiosa e espiritual, práticas e costumes; a livre determinação e a territorialidade; a proteção do Estado no que tange as suas instituições; a criação e administração de sistemas, meios e redes de comunicação próprios; a garantia de que seus saberes e conhecimentos tradicionais, sua medicina tradicional, seu idioma, seus rituais, seus símbolos e vestimentas serão valorizados, respeitados e promovidos; direito de viver em um meio ambiente sadio, com manejo e aproveitamento adequado do ecossistema; direito à propriedade intelectual coletiva de seus saberes, ciências e conhecimentos, assim como a sua valorização, uso, promoção e desenvolvimento; direito a uma educação intracultural, intercultura e plural em todo o sistema educativo; direito a um sistema de saúde universal e gratuito que respeite suas práticas tradicionais; direito ao exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com seus costumes; direito a ser consultados mediante procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições, cada vez que

---

[26] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na américa latina. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). *Constitucionalismo latinoamericano:* tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19.

[27] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na américa latina. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). *Constitucionalismo latinoamericano:* tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 21.

se preveem medidas legislativas ou administrativas que afetem seu povo; respeito e garantia do direito a uma consulta prévia obrigatória, realizada pelo Estado, centrada na boa-fé e no respeito a exploração dos recursos naturais não renováveis no território que habitam; direito a participação e aos benefícios da exploração dos recursos naturais de seus territórios; direito à gestão autônoma do uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais renováveis existente em seu território, sem prejuízo aos direitos legitimamente adquiridos por terceiros; e, direito a participação nos órgãos e instituições do Estado (art. 30,II).

Diante deste rol de direitos se observa que as instituições indígenas passam a integrar a estrutura estatal (art. 30, II, 5), e tais sujeitos passam a exercitar seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão (art. 30, II, 14), com plena participação nos órgãos e instituições daquele Estado. A participação cidadã em um sistema de justiça que prima pela independência, imparcialidade, segurança jurídica, publicidade, probidade, celeridade, gratuidade, pluralismo jurídico, interculturalidade, equidade, com harmonia e respeito aos direitos (art. 178). Sendo que naquele contexto, o sistema de justiça é composto por uma jurisdição agroambiental, por uma jurisdição indígena originária campesina, além de uma jurisdição ordinária (art. 179, I), sem que aja influência de uma sobre a outra, uma vez que, todas gozam de igualdade de hierarquia (art. 179, II), e estão sujeitas apenas ao Tribunal Constitucional Plurinacional.

Assim, as nações e povos indígenas possuem a legitimidade para exercerem funções jurisdicionais que lhes competem, por meio de suas autoridades, com liberdade para aplicarem seus princípios, valores culturais, através de normas e procedimentos próprios (art. 190, I). Tal sistema de justiça deve primar pelo direito à vida, entre outras garantias previstas no texto boliviano, mas, sem dúvida, marca um novo contexto para se repensar o modelo de jurisdição vigorante na América Latina.

Importa ainda destacar naquele modelo, que toda a autoridade pública, deve respeitar as decisões oriundas da jurisdição indígena (art. 192, I), sem interferência, a não ser quando seu apoio for solicitado por aquele órgão independente, para fins de viabilizar o cumprimento de suas decisões (art. 192, II), sendo que a jurisdição indígena originária e campesina é exercida no âmbito de vigência pessoal, material e territorial.

A novidade nesse modelo reside, portanto, no fato de sua gestação estar vinculada a uma reordenação do espaço público participativo, através do surgimento de novos sujeitos de direito, "em substituição ao sujeito individual abstrato liberal"[28], de modo a evidenciar uma ressignificação na jurisdição, através da

[28] PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova Constituição Boliviana: contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. *In:* WOLKMER,

participação das comunidades. Nesse contexto, o desafio proposto pelo modelo boliviano, entre outros, consiste em se repensar, em termos de América Latina, "um projeto social e político contra hegemônico, apto a redefinir os procedimentos clássicos entre os poderes estatal e societário"[29], especialmente, no que concerne "as formas tradicionais de normatividade e as manifestações plurais não formais de jurisdição"[30], de modo a promover o respeito as diversas culturas existentes nas sociedades que compõe este continente, o que provoca e justifica um repensar do modelo brasileiro, que se constitui como o maior da América Latina, não só em extensão territorial, como em diversidade cultural.

No Brasil, guardadas as devidas proporções, a questão indígena ainda não foi bem tratada, como demonstram os diversos conflitos que ora se apresentam, conflitos esses que dizem respeito, especialmente, a disputa de terras. Aliás, esses conflitos, em nosso país, provocaram o surgimento de uma ação específica voltada ao etnodesenvolvimento[31].

Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.) *Constitucionalismo latino-americano:* tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 147.

[29] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na américa latina. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). *Constitucionalismo latinoamericano:* tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 37.

[30] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na américa latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). *Constitucionalismo latinoamericano:* tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013, p.37.

[31] Em 24 maio 2011 foi "lançado no Centro Makunaim, na Terra Indígena São Marcos em Pacaraima (RR), o primeiro Plano Territorial de Etnodesenvolvimento Indígena (Ptei) do Brasil. O Território da Cidadania Terra Indígena Raposa Serra do Sol e São Marcos abrange os municípios de Normandia, Pacaraima, Uiramutã e parte de Boa Vista, onde estão demarcadas duas terras indígenas: São Marcos e Raposa Serra do Sol. O Ptei começou a ser desenvolvido em junho de 2009 pelo Colegiado Territorial do Território da Cidadania Raposa Serra do Sol e São Marcos. O plano tem como objetivo promover o desenvolvimento econômico sustentável da região, a universalização do acesso a políticas públicas de cidadania e o crédito produtivo, priorizando a participação social e a integração das diversas esferas dos governos. A elaboração do plano, estruturado em três partes – histórico e contexto geral dos indígenas, diagnóstico territorial e plano territorial – começou após a região ser inserida no Programa Territórios da Cidadania, iniciativa desenvolvida pelo governo federal em parceria com estados, municípios e sociedade civil. A delegada do Ministério do Desenvolvimento Agrário em Roraima, Célia Souza, destaca que o plano reafirma a identidade, a autonomia e o protagonismo dos povos indígenas da região. "O documento respeita a cultura, a língua e a forma de viver dos índios. O plano foi produzido por eles, para seu território, e isso reflete a postura do governo federal, de não impor uma política pública, mas construir coletivamente", destaca. Participaram da construção do Ptei o Conselho Indígena de Roraima (CIR), o Conselho do Povo Ingariko (Coping), a Associação dos Povos Indígenas do Estado de Roraima (Apirr), a Aliança de Integração e Desenvolvimento das Comunidades Indígenas de Roraima (Alidicir), a Organização das Mulheres Indígenas de Roraima (Omirr), a Organização dos Professores Indígenas de Roraima (Opirr), a Associação dos Povos Indígenas da Terra São Marcos (APITSM), a Sociedade de Defesa dos Índios Unidos de Roraima (Sodiur), a Sociedade para Desenvolvimento Comunitário e Qualidade Ambiental dos Taurepang, Wapichana e Macuxi (TWM), as prefeituras municipais de Normandia, Pacaraima, Uiramutã, o governo de Roraima, instituições federais como Funai,

A preocupação com a identidade cultural, portanto, ganha relevo e, nesse contexto, convém destacar que a cultura pode ser observada por meio de diversas perspectivas. Particularmente, no caso brasileiro, o conflito que motivou a implementação do programa de etnodesenvolvimento, reside nos diferentes pontos de vista que possuem, de um lado os indígenas, de outro os agricultores não índios (fazendeiros, pequenos agricultores etc.). Mas, como se extrai dos diversos modelos analisados, o conflito reside em uma diferença de pontos de vista, e, assim, a cultura para os fins de tratamento de conflitos, que é o ponto que se analisa na presente, deve ser considerada como uma observação escolhida dentre outras possibilidades. Isso permite que, a partir da distinção cultural, se estimule formas de observação reflexivas que indicam a ideia de que o ponto de comparação é, ele próprio, contingente, porque há sempre a opção de escolher outros pontos de vista, uma vez que comparações culturais estimulam a reflexão e a reflexão da reflexão.

Transitar por outras culturas e ao mesmo tempo manter a sua, como um modo de relacionamento, significa a outorga de liberdade e reconhecimento aos indivíduos. Nessa linha, a Bolívia, ao garantir constitucionalmente a identidade cultural das comunidades indígenas, e, ao mesmo tempo que seus membros possam requerer que tal identidade se registre junto com sua cidadania boliviana nos documentos pessoais, tais como carteira de identidade; passaporte etc. (art. 30, I, 2 e 3), abre o diálogo com vistas a identificar os requisitos para a implementação de uma efetiva reconfiguração na sua cultura jurídica e a manutenção de um Estado Plurinacional.

Esse novo olhar deve passar pelo diálogo entre outras fontes do Direito, uma vez que na atual conjuntura, não se admite mais o Estado como único produtor do Direito ou a norma jurídica como soberana das fontes do Direito, passando a substituir o monismo jurídico pelo pluralismo jurídico. A efetivação dos direitos dos povos indígenas proposto na Convenção n. 169 da OIT, acarretará num diálogo constante entre o direito interno e o direito internacional, e, nesse sentido, haverá a necessidade de uma redefinição do suporte fático, a fim de consagrar o pluralismo jurídico.

Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério da Pesca e Aquicultura, Universidade Federal de Roraima, Embrapa, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, entre outros". BRASIL. Cidadania e Justiça. *Território da Cidadania lança primeiro plano de etnodesenvolvimento indígena do Brasil*. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2011/05/territorio-da-cidadania-lanca-primeiro-plano-de-etnodesenvolvimento-indigena-do-brasil>. Acesso em: 10 out. 2018. Sobre um desenvolvimento voltado ao respeito étnico consultar: MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. Etnopoiese: o acesso à justiça por meio da efetivação do etnodesenvolvimento nas sociedades multiculturais. *In:* Conpedi/Unicuritiba (org.). *25 anos da Constituição Cidadã:* os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República (Acesso à Justiça I). Curitiba: Conpedi/Unicuritiba, 2013, p. 30-52.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou estimular a reflexão e incitar, de forma sucinta, o debate a respeito do pluralismo jurídico, trazendo à tona as transformações evidenciadas na América Latina, voltando os olhos para um novo paradigma emergente.

Nesse contexto, procurou-se demonstrar a relevância da reconfiguração da cultura jurídica ocorrida em alguns países latino-americanos, onde os direitos dos povos indígenas ganham destaque, sendo que o Estado passa a assumir um compromisso com a garantia da autonomia e da autodeterminação desses povos. Tal movimento é evidenciado por alguns doutrinadores, como Novo Constitucionalismo Latino-Americano que reconhece e efetiva a diferença como fontes essenciais para a produção do Direito, como ocorre com o Tribunal Indígena da Bolívia.

A reconfiguração observada na Bolívia, após a promulgação da Constituição de 2009, evidencia uma ruptura com a forma de Estado vigente até aquele momento e a preocupação com o surgimento de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, onde os direitos dos povos indígenas são respeitados. Assim, tal compromisso deve permear a atuação desta Sociedade, seja pelo seu ente político, o Estado, seja pelos órgãos deste, ou pelas instituições.

Na reestruturação da cultura jurídica, os sujeitos envolvidos e as comunidades, especialmente as indígenas, ganham espaço para "dizerem o seu direito", fato esse que ocorreu com a implementação do Tribunal Indígena na Bolívia, sendo que essa justiça indígena boliviana se sujeita apenas ao Tribunal Constitucional Boliviano. Tal prerrogativa esta inserta no texto constitucional da Bolívia que dentre outros dispõe em seu art. 289[32] que a autonomia indígena consiste em um autogoverno como exercício da livre determinação das nações e dos povos indígenas de origem campesina, cuja população compartilhe território, cultura, história, línguas e organização ou instituições jurídicas, políticas, sociais e econômicas próprias.

A comunidade indígena boliviana ainda goza (art. 30, "16") do exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão. Isso demonstra uma reestruturação do sistema jurídico-político e da forma de comunicação entre este as comunidades inseridas em seus contextos, com repercussões no próprio desenvolvimento daquelas sociedades.

---

[32] Art. 289 – La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias. BOLÍVIA. *Constituição da Bolívia de 2009.* Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2014.

A ideia de autonomia e autodeterminação está ligada à existência de condições necessárias para a capacidade autônoma de uma sociedade multicultural, que assim pode se manifestar, definindo e guiando seu desenvolvimento, ou seja se tornem gestoras de seu próprio desenvolvimento, tanto no campo educacional e de formação técnica, quanto no campo político-administrativo à gestão de seus próprios territórios, e também no campo jurisdicional.

Nesse sentido, percebe-se o avanço do sistema boliviano, especialmente no que concerne ao Tribunal Indígena implementado a partir da Constituição da Bolívia de 2009, o qual rompe com uma tradição excludente e discriminatória em se tratando da questão indígena, e surge como um novo paradigma na América Latina, o qual pode subsidiar outros sistemas com vistas a uma reconfiguração da cultura jurídica.

Aliás, tal subsídio pode auxiliar no debate brasileiro, especialmente para fins de efetivação do Plano Territorial de Etnodesenvolvimento[33] proposto neste cenário em 2011, o qual cria o Território da Cidadania Terra Indígena Raposa Serra do Sol e São Marcos e tem como objetivo promover o desenvolvimento econômico sustentável da região, a universalização do acesso a políticas públicas de cidadania e o crédito produtivo, priorizando a participação social e a integração das diversas esferas dos governos.

Nesse aspecto, o pluralismo jurídico vem respaldar uma reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, em especial, na Bolívia, onde essa recepção se concretizou a partir da Constituição de 2009, reconhecendo e efetivando os direitos dos povos indígenas originários e campesinos, direitos esses já elencados na Convenção n. 169 da OIT. Tal reconhecimento somente foi possível, em virtude de um novo conceito para as Constituições, ou seja, não se admite mais as Constituições como simples pactos políticos, mas sim, instrumento para efetivação de Direitos Fundamentais, bem como, com um diálogo entre as fontes do Direito.

REFERÊNCIAS

BATALLA, Guillermo Bonfil. *Los pueblos indios, sus culturas y las políticas culturales.* Anuário Indigenista, XLV: 1985.

---

[33] A ideia de "etnodesenvolvimento" na América Latina é desenvolvida por Rodolfo Stavenhagen e Guilhermo Bonfil Batalla. Aliás, estes autores consideram que esta ideia está ligada ao "exercício da capacidade social dos povos indígenas para construir seu futuro em consonância com suas experiências históricas e com os recursos reais e potenciais de sua cultura, de acordo com projetos definidos segundo seus próprios valores e aspirações". Assim, o etnodesenvolvimento pressupõe a existência de condições necessárias para a capacidade autônoma de uma sociedade culturalmente diferenciada, que assim pode se manifestar, definindo e guiando seu desenvolvimento. Nesse sentido, consultar: BATALLA, Guillermo Bonfil. *Los pueblos indios, sus culturas y las políticas culturales.* Anuário Indigenista, XLV: 1985, p. 129-158.

BOLÍVIA. *Constituição da Bolívia de 2009*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2014.

BRASIL. Cidadania e Justiça. *Território da Cidadania lança primeiro plano de etnodesenvolvimento indígena do Brasil.* Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2011/05/territorio-da-cidadania-lanca-primeiro-plano-de-etnodesenvolvimento-indigena-do-brasil>. Acesso em: 10 out. 2018.

CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico:* os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. *A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009*. Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20constru%C3%A7%C3%A3o%20do% 20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

GONZÁLES, Miguel. Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonômicos (desde El Estado) em América Latina. *In:* GONZÁLES, Miguel; MAYOR, Araceli Burguete Cal y; ORTIZ-T, Pablo. *La autonomia a debate:* autogobierno indígena y Estado plurinacional em América Latina. Quito: FLACSO, Sede Ecuador: Cooperación Técnica Alemana – GTZ: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropologia Social – CIESAS: Universidade Intercultural de Chiapas – UNICH, 2010.

MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. Etnopoiese: o acesso à justiça por meio da efetivação do etnodesenvolvimento nas sociedades multiculturais. *In:* Conpedi/Unicuritiba (org.). *25 anos da Constituição Cidadã:* os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República (Acesso à Justiça I). Curitiba: Conpedi/Unicuritiba, 2013.

NASCIMENTO, Sandra. *Constituição, Estado Plurinacional e Autodeterminação Étnico-Indígena:* um giro ao constitucionalismo latinoamericano. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5c5a93a042235058>. Acesso em: 04 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT* – Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011, 1 v. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 05 out. 2018.

PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova Constituição Boliviana: contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). *Constitucionalismo latino-americano:* tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura do direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M (orgs.). *Pluralismo Jurídico:* os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). *Constitucionalismo latinoamericano:* tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

Data de recebimento: 18/08/2020

Data de aprovação: 05/10/2020

A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O JUIZ NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

THE PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS AND THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE JUDGE IN THE TAX PROCEDURAL

Nathalie Kuczura Nedel*
Patrícia Adriani Hoch**

RESUMO

O processo judicial tributário objetiva a satisfação do crédito tributário. Para tanto, são utilizados inúmeros recursos e ferramentas. Isso, em muitos casos, viola direitos fundamentais, como a intimidade e o sigilo, e demonstra a atuação do julgador de forma discricionária, com base no paradigma da subjetividade e na filosofia da consciência. Dessa forma, através da abordagem fenomenológico-hermenêutica, este estudo visa verificar como as teorias de Hans-Georg Gadamer e Martin Heidegger podem influenciar a jurisdição constitucional, especialmente no âmbito do processo judicial tributário. Assim, questiona-se em que medida a hermenêutica filosófica pode influenciar os julgamentos no âmbito tri-

* Pós-Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutora em Direito pela Unisinos. Mestre com louvor pela Universidade Federal de Santa Maria, no Programa de Pós-Graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes da Sociedade Global. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, tendo recebido Láureas Acadêmicas por destaque no ensino, na pesquisa e na extensão. Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma). Coordenadora de Pesquisa e Extensão da Fadisma. Juíza leiga da Comarca de Santa Maria. Autora do livro: *Controle Difuso de Constitucionalidade: Uma análise a partir do caso Marbury* versus *Madison e da Judicial Review*. E-mail: nkuczura@gmail.com.

** Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), na linha de pesquisa intitulada "Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos". Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), tendo recebido Láurea Acadêmica por destaque no ensino, na pesquisa e na extensão. Pós-Graduada em Direito Processual Tributário pela Anhanguera. Integrante do Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça (CCULTIS), vinculado à Unisinos. Advogada. Autora do livro: *Levando a intimidade a sério na Internet*. E-mail: patricia.adriani@hotmail.com.

butário, a fim de se chegar à resposta constitucionalmente adequada? Para responder ao problema de pesquisa, o artigo foi dividido em duas seções e, ao final, verificou-se que o processo judicial tributário pode ser aperfeiçoado diante da hermenêutica filosófica, sobretudo no que tange à perspectiva da tese da resposta constitucionalmente adequada, e da preservação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Hermenêutica filosófica. Jurisdição constitucional. Processo judicial tributário. Resposta constitucionalmente adequada.

ABSTRACT

The tax procedural has as its scope the satisfaction of the tax credit. For that, countless resources and tools are used. This, in many cases, violates fundamental rights such as intimacy and secrecy and demonstrates the performance of the judge in a discretionary manner, based on the paradigm of subjectivity and the philosophy of conscience. Thus, through the phenomenological-hermeneutic approach, this study aims to verify how the theories of Hans-Georg Gadamer and Martin Heidegger can influence constitutional jurisdiction, especially in the context of the tax procedural. Thus, it is questioned to what extent can philosophical hermeneutics influence judgments in the tax sphere, in order to arrive at a constitutionally adequate answer? To answer the research problem, the article was divided into two sections and, at the end, it was found that the tax procedural can be improved in the face of philosophical hermeneutics, especially with regard to the perspective of the constitutionally adequate thesis, and the preservation of fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights. Philosophical hermeneutics. Constitutional jurisdiction. Tax procedural. Constitutionally adequate response.

INTRODUÇÃO

O processo tributário possui o escopo de promover a apuração da obrigação tributária ou descumprimento desta, para dirimir controvérsias entre a Fazenda Pública e os contribuintes. Divide-se em processo administrativo, que tramita na via extrajudicial, perante os órgãos e entidades públicas e tendo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) como instância superior, e em processo judicial, que tramita perante o Poder Judiciário. Frise-se que tendo em vista os direitos e garantias processuais fundamentais, com ênfase para a inafastabilidade da jurisdição, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o contribuinte pode buscar a tutela jurisdicional, independentemente da existência de processo administrativo prévio.

Ocorre que, o fato de não haver um Código de Processo Tributário no país implica na utilização subsidiária do Código de Processo Civil, o qual foi subs-

tancialmente alterado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Logo, para além das leis esparsas que regulam a Execução Fiscal e a Cautelar Tributária, não existe uma lei que regulamente especificamente o processo judicial tributário, o que acaba trazendo consequências para a atuação do juiz, da Fazenda Pública e do contribuinte.

Desse modo, os conflitos que ocorrem estes dois últimos são decididos pelo primeiro, o que ocorre, muitas vezes, de forma arbitrária e pautada pelo paradigma da subjetividade/filosofia da consciência. Ainda, é importante ter presente que, em decorrência da revolução tecnológica e do uso das tecnologias de informação e de comunicação (TIC), são utilizadas diversas ferramentas digitais no processo judicial tributário, a fim de garantir o atingimento de bens e valores dos contribuintes, a exemplo do Bacenjud (atualmente, substituído pelo Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário – SISBAJUD), do Renajud, do Infojud e da e-Financeira, o que, em muitos casos, viola direitos fundamentais como intimidade e o sigilo.

Dessa forma, este estudo visa verificar como as teorias de Hans-Georg Gadamer e Martin Heidegger pode influenciar a jurisdição constitucional, especialmente no âmbito do processo judicial tributário. Assim, questiona-se em que medida a hermenêutica filosófica pode influenciar os julgamentos no âmbito tributário, a fim de se chegar à resposta constitucionalmente adequada?

Para cumprir com o objetivo, bem como responder ao problema de pesquisa, utiliza-se como "método" de abordagem o fenomenológico-hermenêutico, que não é método, tampouco instrumento de interpretação, é modo-de-ser-no-mundo. Diante dessa matriz teórica, o estudo utiliza as investigações teóricas de Martin Heidegger e, especialmente, Hans-Georg Gadamer, a fim de verificar de que modo as contribuições da hermenêutica filosófica podem influenciar a jurisdição constitucional, especialmente o processo judicial tributário, a partir da perspectiva da prestação jurisdicional constitucionalmente adequada.

Revela-se indispensável a reflexão acerca da adequação das respostas oferecidas pelo Poder Judiciário ao parâmetro constitucional – tese da resposta constitucionalmente adequada, sustentada por Lenio Streck, tendo em vista os conceitos de pré-compreensão e tradição delineados por Hans-Georg Gadamer, bem como da ontologia de Martin Heiddeger. Essa investigação teórica proporciona a compreensão do estado da arte da jurisdição brasileira em relação ao tema, abordando-se a necessidade de (re)pensar o papel do Poder Judiciário – especialmente do julgador – e suas limitações, sobretudo para a concretização de direitos fundamentais previstos no texto constitucional, com ênfase para o processo judicial tributário.

Para a fluidez da compreensão, o presente artigo foi dividido em duas partes. A primeira destina-se a expor as contribuições da hermenêutica filosófica

para a decisão judicial constitucionalmente adequada. Na segunda, aborda-se o processo judicial tributário no Brasil e a necessidade de que a Constituição Federal seja a protagonista e não o julgador ou a Fazenda Pública.

AS CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

A Filosofia Hermenêutica, posteriormente, complementada pela Hermenêutica Filosófica tem como seus expoentes, respectivamente, os filósofos alemães Martin Heidegger, enumerado dentre os filósofos mais influentes do século XX[1], e seu sucessor Hans-Georg Gadamer. Tratam-se, portanto, de teorias que não podem ser estudas de forma dissociada. Isso porque, a partir de Gadamer,

> [...] se tornou possível compreender mais profundamente como se estabelece a diferença entre a hermenêutica no sentido técnico e hermenêutica na filosofia. Trata-se do livro Verdade e método, de Gadamer, obra na qual podemos perceber o enraizamento do projeto heideggeriano, levando adiante, entretanto possibilidade que Heidegger não havia explicitado. Trata-se principalmente de chamar a atenção para o conceito de facticidade e combinar com ele o elemento de historicidade[2].

Nesse viés, tem-se que Heidegger destacou-se por questionar o conceito de ser e a própria existência humana, reorganizando os conceitos fundamentais da filosofia (ser, tempo, existência, verdade). Para Heidegger, o dever da filosofia é interpretar a existência humana, razão pela qual se interessava pela questão "que é ser?" (ser humano)[3,4].

Até então, em uma perspectiva externa, os filósofos entendiam o ser humano como um "bípede implume", por andar sobre duas pernas e não possuir penas. Em sentido diverso, Heidegger examinou a vida humana mediante uma perspectiva interna, através da fenomenologia, porquanto a abordagem fenomenológica investiga os fenômenos (como as coisas aparecem) pelo exame da experiência em relação a eles[5].

---

1 KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 113, jul./dez. 2016.

2 STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia:* limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 163.

3 HEIDEGGER, Martin. *O meu caminho na fenomenologia*. Tradução de Ana Falcato. Covilhã: Lusofiapress, 2009, p. 3.

4 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 23.

5 KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 113, p. 101-147, jul./dez. 2016, p. 112.

Na obra "Ser e Tempo" (1927), Heidegger alertava que o sentido do ser deve estar atado ao tempo, de modo que o ser humano é um ser essencialmente temporal. Portanto, a existência humana está vinculada à temporalidade. Nesse sentido, "[...] este ente – que somos nós – chamado de *Dasein*, é o que ele já foi, ou seja: o seu passado"[6]. Em razão de seu interesse pela existência humana, a teoria de Heidegger é relacionada à ontologia (do grego "ontos" = ser; estudo do ser). Heidegger defendeu que, se o ser humano quiser explorar as questões do ser, terá de começar com ele mesmo, examinando o que significa, existir e, neste diapasão, "[...] Heidegger deu ao homem o nome de Dasein (Ser-aí), sendo que o modo de ser deste ente é a existência"[7].

O *Dasein* é um ser de possibilidades, que se faz no mundo, enquanto é também feito pelo mundo, numa relação dialética. Isso, pois, cada pessoa está condenada ao mundo, uma vez que não há como se separar dele. Não há como não "ser-no-mundo", pois toda pessoa se faz no (e com o) mundo[8]. Para Streck[9]:

> O passado é selo histórico imprimido em nosso ser: Faticidade; o futuro é o ter-que-ser que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos (Ser-aí): Existência. Portanto, a hermenêutica é utilizada para compreender o ser (facticidade) do *Dasein* e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (existência).

Heiddeger deixou claro que não se compreende o homem sem compreender o ser. Um exemplo disso, é que não se compreende a floresta sem árvore; e não se compreende a árvore sem o conceito de floresta[10]. Assim, "[...] Heidegger concordava que a nossa vida é permeada de interpretação, tanto de nós mesmos como dos entes"[11].

Influenciado por Martin Heiddeger e por sua Filosofia Hermenêutica, Hans-Georg Gadamer fundou a Hermenêutica Filosófica[12,13]. Na obra intitulada "Verdade e Método" (1960), Gadamer propôs uma filosofia propriamente hermenêutica, que trata da natureza do fenômeno da compreensão:

---

6 STRECK, *op. cit.*, p. 26.

7 *Ibidem.*

8 A ideia de *Dasein* consiste em um "[...] ente privilegiado que compreende o mundo e a si mesmo por uma fenomenologia do ser-no-mundo, que trata das condições do homem linguisticamente inserido no mundo". STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 275.

9 STRECK, *op. cit.*, p. 26.

10 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica.* Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 27.

11 *Ibidem*, p. 96.

12 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 17.

13 GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva:* Heidegger em Retrospectiva. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, v. I, p. 11.

> [...] Heidegger só se interessava pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a estrutura prévia da compreensão. Nós, ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão[14].

Em tal contexto, a linguagem funciona como via de acesso ao ser, de modo que o ser que pode ser compreendido é linguagem[15]. Segundo Gadamer, a compreensão de cada ser humano é sempre a partir da perspectiva de um ponto particular da história. Os preconceitos e as crenças, os tipos de perguntas que cada um julga que valem a pena ser feitas e o tipo de respostas com as quais cada um fica satisfeito, tudo é produto da respectiva história[16].

Na mesma linha, Streck afirma que a linguagem é "[...] constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, o que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir"[17]. O ser não pode, dessa forma, ficar do lado de fora da história e da cultura. Tais pré-conceitos são o ponto de partida: compreensão e sentido de significado atuais baseiam-se em predisposições, as quais possuem relação com a história, com a temporalidade, o que perpassa a ideia da pré-compreensão. Nesse sentido:

> [...] o texto jurídico só pode ser entendido a partir de sua aplicação, isto é, diante de uma coisa, um fato, um caso concreto. Compreender sem aplicação não é um compreender. A *applicatio* é a norma(tização) do texto jurídico. A Constituição, por exemplo, será, assim, o resultado da sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem o seu acontecimento no ato aplicativo concreto, produto da intersubjetividade dos intérpretes, que emerge da complexidade das relações sociais[18].

A teoria de Gadamer é explicar como escapar do círculo fechado das opiniões prévias e que a proposta é manter um constante interpretar até que os conceitos

---

[14] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 354.

[15] Nesse sentido explica Streck "[...] não sendo a hermenêutica método, e sim, filosofia, o processo interpretativo não dependerá da linguagem entendida como terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto." A linguagem, nessa perspectiva, perde o caráter de ferramenta e passa a ser concebida como "condição de possibilidade e constituidora do mundo", como "experiência do mundo". STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 222.

[16] *Ibidem*, p. 21-23.

[17] *Ibidem*, p. 202.

[18] STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 21.

prévios, ao longo da comunicação, sejam substituídos por outros conceitos novos, mais adequado, razão pela qual é importante a situação atual do intérprete[19].

Gadamer escrevia sobre como explicar e analisar textos de forma coerente, através de métodos especiais. Para Gadamer, a hermenêutica é uma forma de compreender as ciências espirituais e a história, através de uma interpretação da tradição, na qual os preconceitos e a tradição são pressupostos, necessários em qualquer relação do ser humano com o mundo. Isto acontece porque toda compreensão é histórica e se dá pela linguagem, já que "[...] a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão", dado que "[...] compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão" [20].

Segundo o autor, o mundo é compreendido por meio da interpretação. Essa interpretação ocorre dentro de uma época histórica particular, que proporciona preconceitos e predisposições, que influenciam a compreensão. Destarte, a história não pertence ao ser humano: o ser humano pertence a ela[21].

Para o autor, o intérprete nunca chega ao texto como tábula rasa, do zero, capaz de conferir ao conhecer do texto objetividade, mas chega por meio da sua pré-compreensão, seus pré-juízos, que são sua memória cultural. Nesse sentido, considerando a hermenêutica da facticidade, propõe a utilização da linguagem como condição de possibilidade interpretativa.

O juiz possui o dever de imparcialidade para atuar e julgar o processo. Porém, o julgador não é neutro, já que possui convicções políticas, valores, cultura, influências de sua história, entre outros. No momento de proferir a decisão, portanto, o juiz possui pré-conceitos, que influenciam a sua compreensão do caso concreto, todavia, não pode decidir com base nessa subjetividade, sob pena de cometer uma arbitrariedade[22].

Gadamer entendia que "[...] toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para 'as coisas elas mesmas'"[23]. Isso, pois, "[...] o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe

---

19 *Ibidem*, p. 22.

20 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 406.

21 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso.* Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 22.

22 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I:* Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 54.

23 *Ibidem.*

ocorrem"[24]. Percebe-se, assim, que por meio do pensamento hermenêutico, o filósofo alemão demonstrava sua preocupação com relativismos, já trazendo importantes reflexões relacionadas à interpretação correta.

Nesta senda, "[...] compreender a história e a atualidade, e, sobretudo, a tradição da norma constitucional, deste modo, permitem que o juiz realize uma interpretação correta das leis, deixando de lado a arbitrariedade", de modo que "[...] adequar a norma constitucional ao contexto da sociedade em rede e das novas tecnologias é um exemplo disso"[25].

Gadamer cita o exemplo da leitura de uma obra de Platão na atualidade. Com isso, além de o leitor aprofundar sua compreensão acerca de Platão, seus próprios preconceitos e predisposições tornam-se claros e, inclusive, podem mudar. Nessa relação dicotômica, o leitor não apenas lê Platão como também é lido por Platão. Por meio desse diálogo, que Gadamer chama de "fusão de horizontes" (entre texto, leitor e sentido), a compreensão do leitor alcança um nível mais profundo e mais rico[26].

Segundo Gadamer, o leitor/aplicador da lei atribui sentido no momento da aplicação, o que significa dizer que "o processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nunca nos banhamos na mesma água do rio)"[27]. Nesse viés, a aplicação possui relação direta com a pré-compreensão, existindo um sentido antecipado. Não há, assim, grau zero de sentido[28].

Dessa forma, somente é possível a compreensão de algo pela pertença a uma tradição, conforme salienta Gadamer[29]:

> [...] Assinalamos acima que a pertença à tradição é uma das condições para a compreensão nas ciências do espírito. Agora podemos tirar a prova, examinando como aparece esse momento estrutural da compreensão no caso da hermenêutica teológica e da hermenêutica jurídica. Evidentemente não se trata de uma condição restritiva da compreensão, mas, antes, de uma das condições que a tornam possível.

O círculo hermenêutico de Gadamer relaciona o texto/compreensão, com a influência da tradição/historicidade e do contexto (pré-conceitos), para a

---

[24] *Ibidem*.

[25] HOCH, Patrícia Adriani Hoch. *Levando a intimidade a sério na Internet*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

[26] STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 81-84.

[27] *Ibidem*, p. 21.

[28] *Ibidem*, p. 21.

[29] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 432.

compreensão do sentido do texto na situação atual do intérprete. Tem-se, assim, que a compreensão opera-se no bojo do círculo hermenêutico, indo, constantemente, do todo para a parte e da parte para o todo. Nesse viés, é importante ter presente que o todo e a parte não são estanques. Isso porque o conceito do todo é relativo, uma vez que este integrará contextos cada vez maiores[30].

Sob o prisma da hermenêutica filosófica, Lenio Streck[31] afirma que o juiz não pode ser impactado pela subjetividade, de modo que a sentença não é uma escolha e, sim, uma decisão:

> [...] o Direito compõe-se de uma estrutura discursiva, composta de doutrina e jurisprudência, a partir da qual é possível sempre fazer uma reconstrução da historia institucional, extraindo daí aquilo que chamo de DNA do Direito (e do caso). Isso quer dizer que sentença não vem de sentire; sentença não é uma escolha do juiz; sentença é decisão (de-cisão).

A Constituição de 1988, compromissária e dirigente, trouxe consigo parâmetros para a instauração de um novo paradigma interpretativo, o que pressupõe a compreensão de sua força normativa[32] mediante a realização do processo hermenêutico. Tal processo é constituído pela filtragem hermenêutico-constitucional, em que o julgador possui a consciência do lugar que ocupa como ser-no-mundo e da tarefa de proferir decisões adequadas que observem a integridade e a coerência, no sentido de fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Assim, segundo Streck, "[...] há uma responsabilidade política dos juízes e tribunais, representada pelo dever (*has a duty*) de *accountability* (hermenêutica) em obediência ao artigo 93, inciso IX, da CF". Diante desse dever de fundamentação das decisões, constitucionalmente previsto, "[...] a sentença ou acórdão não deve ser, em uma democracia, produto da vontade individual, do sentimento pessoal do decisor"[33].

É necessário que se evitem abusivos interpretativos pelo julgador (caracterizados pela filosofia da consciência/paradigma da subjetividade) ao proferir decisões, a fim de que essas sejam ancoradas no sentido da Constituição.

---

30 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I:* Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 261.

31 STRECK, Lenio Luiz. Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo? Coluna Senso incomum, *Conjur,* 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo?pagina=3>. Acesso em: 20 jul. 2020.

32 A ideia da força normativa da Constituição é defendida por Konrad Hesse. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19-20.

33 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

Com efeito, a hermenêutica de Gadamer não admite qualquer forma de decisionismo e, o jurista não pode jamais interpretar a lei de acordo com a sua vontade, afinal, interpretar não significa reproduzir sentido, mas, sim, atribuir sentido. Nessa senda, há muito alertava Gadamer[34]:

> [...] Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer o seu sentido vigente. O juiz procura corresponder à 'ideia jurídica' da lei, intermediando-a com o presente [...].

Com base nas contribuições teóricas e filosóficas de Heidegger e Gadamer, através da Crítica Hermenêutica ao Direito, Lenio Streck desenvolveu a tese da resposta constitucionalmente adequada, a qual "exsurge a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como "adequada à Constituição"[35].

Desse modo, todo caso concreto apresentado exige "a" resposta constitucionalmente adequada àquela situação conteudística (fática), de modo que o protagonista do processo judicial não pode ser o juiz, mas, sim, a Constituição Federal. Não cabe ao juiz, portanto, a ideia de "fazer justiça", a este cabe a observância do texto constitucional e, sobretudo, do projeto constitucional-democrático.

Para tanto, a Constituição deve estar no topo normativo e interpretativo da jurisdição brasileira, sendo que a filtragem constitucional permite que o "[...] processo 'atue' como aquilo que é: direito e garantia fundamentais, condição de possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa (constitucional e principiologicamente íntegra)"[36].

Por conseguinte, o papel do juiz, na jurisdição, constitucional perpassa a ideia de que:

> [...] a formação da decisão é um papel a ser cumprido a partir da Constituição, e que transita, sim, pelo juiz, mas com o reconhecimento de que este não é o único (e nem bem o principal) ator desta intrincada

---

[34] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 493.

[35] STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. *In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:* anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 90.

[36] MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério:* Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 62.

> engrenagem. A jurisdição há de se entender, pois, com a efetiva participação dos demais interessados, com o que se desloca o centro das decisões do Direito da consciência do julgador para um lugar mais amplo, mais plural e, consistentemente, mais democrático. Falamos, pois, no processo de uma autêntica jurisdição constitucional[37].

Ao explicar sua tese da decisão constitucionalmente adequada, Streck[38] destaca que "a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata da "resposta adequada à Constituição", isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma". Defende-se, nesse viés, a filtragem hermenêutico-constitucional, em que o julgador possui a consciência do lugar que ocupa como ser-no-mundo (*Dasein*, de que alertava Heidegger) e da tarefa de proferir decisões adequadas, que observem a tradição, no sentido de fortalecer o Estado Democrático de Direito.

A partir dessas considerações, o tópico seguinte visa à compreensão do processo judicial tributário brasileiro, a partir da necessidade de que a Constituição Federal seja a protagonista e não o julgador ou a Fazenda Pública. Dessa forma, busca-se apontar de que forma a Hermenêutica Filosófica pode contribuir para a construção de respostas constitucionalmente adequadas no âmbito do processo judicial tributário.

O PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO NO BRASIL E O NECESSÁRIO PROTAGONISMO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A partir da Emenda n. 18/1965 foi estruturado o "Sistema Tributário Nacional". Na sequência, a Lei n. 5.172/1966, posteriormente denominada Código Tributário Nacional pelo Ato Complementar n. 36/1967, disciplinou as regras atinentes ao Direito Tributário no Brasil. Segundo essas legislações, o poder de tributar da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios decorre da Constituição Federal. Além disso, o Direito Tributário possui autonomia, nos termos do artigo 24 da Constituição Federal.

Para Amaro[39], "direito tributário é a disciplina jurídica dos tributos. Com isso se abrange todo o conjunto de princípios e normas reguladores da criação, fiscalização e arrecadação das prestações de natureza tributária". Segundo o referido autor, "a instituição das diferentes espécies tributárias e sua arrecadação,

---

37 MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério:* Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 63.

38 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição, Autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas). *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, ano XXIII, n. 25, jul./dez. 2007, p. 142.

39 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

pelo Estado ou por entidades não estatais, perante pessoas privadas ou públicas, regulam-se pelo sistema de normas que compõe o direito tributário"[40].

Amaro[41] destaca, ainda, que o Direito Tributário envolve tributos, mas também as obrigações formais dos contribuintes ou responsáveis (como a declaração de imposto de renda) e dos poderes e deveres da administração tributária (a exemplo da investigação das atividades dos contribuintes).

Nesse contexto, o objeto do Direito Tributário é o de regular as relações fisco-contribuinte e o poder de tributar do Estado, tratando da obrigação tributária, a qual pode ser obrigação de dar (entregar a moeda ao ente público); uma obrigação de fazer (emitir nota fiscal, apresentar declaração de rendimentos etc.) ou de não fazer (não embaraçar a fiscalização, por exemplo).

Amaro[42], salienta que "a obrigação, no direito tributário, não possui conceituação diferente da que lhe é conferida no direito obrigacional comum", de modo que "ela se particulariza, no campo dos tributos, pelo seu objeto, que será sempre uma prestação de natureza tributária, portanto um dar, fazer ou não fazer de conteúdo pertinente ao tributo".

Em uma ramificação para fins eminentemente didáticos, o Direito Tributário é classificado como um ramo de Direito Público, que tutela o interesse público, apresentando o caráter cogente das normas e uma desigualdade nas relações jurídicas. Isso porque o interesse público prevalece sobre o privado.

Nesse norte, tem-se que o processo tributário sofre a influência dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado (obrigação de pagar o tributo decorre da lei) e da indisponibilidade do interesse público (exigência de lei para a concessão de benefícios fiscais).

É a partir do surgimento do crédito tributário e da respectiva inscrição em dívida ativa que emerge o processo judicial tributário (artigos 201 a 204, do CTN), consoante explica Sabbag[43]:

> A inscrição do crédito tributário em dívida ativa ocorre quando o crédito tributário não é suspenso, extinto ou excluído, de forma que a obrigação tributária, nascida com a ocorrência do fato gerador e não sendo satisfeita, gera a necessidade de cobrança administrativa contra o sujeito passivo, por meio do lançamento. Caso não se logre êxito na exigibilidade do tributo ora lançado despontará a necessidade de inaugurar a cobrança judicial do tributo, por meio da inscrição em dívida ativa.

---

40 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.
41 *Ibidem*, p. 26.
42 *Ibidem*, p. 271.
43 SABBAG, Eduardo. *Prática tributária*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 157.

Ao abordar o processo judicial tributário, Harada[44] explica a independência das instâncias administrativa e judicial e a importância de que um juiz imparcial decida sobre o caso concreto, envolvendo questão tributária:

> No procedimento administrativo fiscal, o Estado é parte na relação jurídico-tributária. Assim, muito embora o procedimento esteja vinculado aos termos da lei, é sempre possível a prolação de uma decisão parcial ou até mesmo arbitrária. Por isso, as decisões administrativas não são definitivas. Para garantir ao sujeito passivo uma solução imparcial e justa de suas controvérsias, invalidando eventuais excessos cometidos pela administração fiscal, existe o Poder Judiciário, independente e equidistante dos interesses em confronto. Cabe ao Judiciário dirimir conflitos tributários pela aplicação do direito positivo, por meio de processo judicial tributário, de natureza trilateral, isto é, formado pela relação jurídica que se estabelece entre as partes e o juízo e entre este e as partes.

Essa proteção do administrado contra atos da Administração decorre da Constituição Federal[45], a qual prescreve o princípio da inafastabilidade da jurisdição em seu artigo 5º, inciso XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"[46]. E, por se constituir em um direito fundamental, não pode ser deliberada emenda constitucional tendente a sua abolição, nos termos do artigo 60, § 4º, também do texto constitucional. Desse modo, "cabe ao Poder Judiciário, com exclusividade, prestar a tutela jurisdicional, quando requerida por qualquer parte, fisco ou contribuinte, por meio do devido processo legal, solucionando definitivamente o conflito de interesses"[47].

A partir disso, após o lançamento tributário (artigo 142, do CTN), a notificação do sujeito passivo e o esgotamento do procedimento administrativo, o crédito tributário se torna exigível. Sua exequibilidade surgirá com a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, quando então passará a gozar da presunção relativa de liquidez e certeza. Assim, a certidão de inscrição da dívida ativa constitui título executivo extrajudicial e a cobrança do crédito tributário é realizada no processo de Execução Fiscal, regulado pela Lei n. 6.830/1980[48].

---

44 HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 774.

45 BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

46 *Ibidem*.

47 HARADA, Kiyoshi, *op. cit.*, p. 775.

48 BRASIL. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

Hugo de Brito Machado[49] esclarece que são ações de iniciativa do Fisco: a) a Execução Fiscal para cobrança de créditos (tributários ou não), inscritos em dívida ativa; b) a Cautelar Fiscal, que visa tornar indisponíveis os vens do contribuinte, instituída pela Lei n. 8.397/1992; c) a Ação Rescisória, que visa anular sentença favorável ao contribuinte transitada em julgado e, d) Ação Anulatória de Decisão Administrativa Favorável ao Contribuinte, a qual consiste em ação ordinária em que a Fazenda Pública ingressa em Juízo pedindo a anulação de decisão administrativa favorável ao contribuinte.

Já o contribuinte busca a tutela jurisdicional através das seguintes demandas: a) Ação Anulatória de Lançamento Tributário (ação ordinária), em que busca anular processo administrativo de lançamento do crédito tributário ou ato praticado no procedimento de lançamento; b) Ação Declaratória (ação ordinária), visando a declaração, pelo juiz, da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Nesse caso, "o contribuinte, ao promover a ação declaratória, geralmente pede a declaração da inexistência da relação jurídica tributária que ensejaria a cobrança do tributo"; c) Ação de Consignação em Pagamento, prevista no artigo 164, do CTN, por meio da qual o contribuinte consigna judicialmente a importância do crédito tributário, caso a Fazenda Pública imponha obstáculos ao pagamento de tributos; d) Ação de Repetição de Indébito (ação ordinária), segundo a qual o contribuinte busca a condenação da Fazenda Pública a restituir tributo pago indevidamente, nos termos do artigo 165, do CTN; e) Mandado de Segurança, garantia constitucional (artigo 5º, LXIX, da CF e Lei n. 12.016/2009), o qual pode ser impetrado pelo contribuinte em caso de violação de direito líquido e certo lesado ou ameaçado por ato de autoridade; f) Ação Rescisória, a fim de desconstituir sentença favorável à Fazenda Pública transitada em julgado e, por fim; g) Reclamação ao STF, conforme artigo 103-A, da Constituição Federal, quando ato administrativo ou decisão judicial contrariar súmula vinculante, negando-lhe aplicação[50].

Além do já mencionado princípio da inafastabilidade do controle judicial de legalidade, fundado no princípio do acesso à justiça, a Constituição Federal também estabelece em seu artigo 5º, LV[51], o direito à ampla defesa e ao contraditório, com os meios e recursos a ela inerentes, aos litigantes, tanto em processo judicial como em processo administrativo.

No processo judicial tributário, objeto deste estudo, como consequência da revolução tecnológica e do advento das tecnologias de informação e de comuni-

---

49 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 47. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 478-484.

50 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 47. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 485-490.

51 BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

cação (TIC), intensificada pelo surgimento da sociedade em rede[52], são utilizados mecanismos digitais para pesquisas patrimoniais, a fim de garantir a persecução do crédito exigido pela Fazenda Pública e atingir, finalmente, o patrimônio dos contribuintes. A título de exemplo, citam-se o Bacenjud[53], o Renajud, o Infojud e a e-Financeira.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), esses sistemas informatizados podem ser utilizados pelos magistrados para dar mais rapidez e efetividade às decisões judiciais que envolvem bens e valores. Para o CNJ, "o que antes era feito de forma lenta, com o envio de ofícios, hoje é feito de maneira mais célere, por meio dos Sistemas de Pesquisas Patrimoniais" e isso torna "mais difícil a vida de pessoas ou empresas que, processadas ou condenadas judicialmente, procuram ocultar seu patrimônio"[54].

As ferramentas digitais são utilizadas pelos juízes, portanto, para a obtenção de informações a respeito de bens e valores dos contribuintes. Segundo o CNJ,

> Em 2015, o Conselho aprovou a Recomendação n. 51/2015 para que todos os magistrados do país passassem a utilizar exclusivamente os sistemas BacenJud, RenaJud e InfoJud na transmissão de ordens judiciais ao Banco Central, ao Denatran e à Receita Federal.
>
> Bacenjud – Desenvolvido em 2001, o Bacenjud é o sistema mais antigo. Ele interliga o Judiciário ao Banco Central e às instituições bancárias, tornando mais fácil, rápido e eficiente o trâmite de ordens judiciais dirigidas ao Sistema Financeiro Nacional (SFN), como, por exemplo, o bloqueio de valores nas contas bancárias. Até a criação do Bacenjud, as ordens eram encaminhadas aos bancos por ofício e a efetivação do bloqueio era demorada, o que tornava possível que os recursos fossem sacados antes da execução da ordem judicial.
>
> [...] Infojud – Os dados cadastrais dos contribuintes, bem como cópias das declarações anuais do Imposto de Renda, podem ser acessados pelos membros do Poder Judiciário por meio do Infojud, sistema mantido pela Receita Federal para atendimento às solicitações feitas pela Justiça. O acesso só é permitido a usuários cadastrados e com o uso de certificação digital.

---

52 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet:* reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Revisado por Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 8.

53 O Bacenjud foi substituído, em dezembro de 2019, pelo Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (SISBAJUD), que objetiva "[...] cumprir os comandos constitucionais de razoabilidade duração do processo e eficiência da prestação jurisdicional, bem como reduzir os riscos na tramitação física de documentos contendo informações sigilosas [...]". BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. SISBAJUD: Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>. Acesso em: 08 jan. 2021.

54 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Conselho amplia e difunde uso dos sistemas de pesquisas patrimoniais*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83502-cnj-amplia-e-difunde-uso-dos-sistemas-de-pesquisas-patrimoniais>. Acesso em: 20 jul. 2020.

> Renajud – Para evitar a venda de veículos, alvo de restrições judiciais, os magistrados podem utilizar o Renajud, sistema criado pelo CNJ em 2006 e que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). Com o Renajud, é possível consultar a base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam) e executar restrições on-line de veículos. Antes do sistema, era preciso que o juiz enviasse ofícios aos 27 Detrans de todo o país para obter informações sobre os veículos[55].

O Bacenjud, portanto, é o sistema mais antigo, o qual interliga o Poder Judiciário e o Banco Central do Brasil, sendo utilizado para o bloqueio de valores em todas as contas bancárias de titularidade do contribuinte, o que é feito através de seu CPF ou CNPJ. Já o Infojud traz dados cadastrais dos contribuintes, sobretudo aqueles sob a posse da Receita Federal, como a Declaração de Imposto de Renda e endereço. O Renajud, por sua vez, interliga o Judiciário com o Departamento Nacional de Trânsito (Denatram) e permite a restrição de veículos, já que relacionado à consulta da base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam).

Conforme informações disponibilizadas pelo Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), a e-Financeira é um conjunto de arquivos digitais referentes a cadastro, abertura, fechamento e auxiliares, e pelo módulo de operações financeiras. Esse mecanismo foi instituído pela Instrução Normativa n. 1571, de 02 de julho de 2015[56], da Receita Federal do Brasil, que disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Logo, segundo a citada Instrução Normativa, as instituições financeiras são obrigadas a transmitir as informações dos contribuintes ao SPED, sem que haja a necessidade de consentimento do contribuinte, seja pessoa física ou jurídica.

Percebe-se que o sistema brasileiro está cada vez mais integrado, célere e pré-disposto a fornecer meios para que o juiz consiga, efetivamente, atingir o patrimônio do contribuinte no âmbito do processo judicial tributário. Isso não seria um problema se não fosse realizado a qualquer custo, violando direitos fundamentais, assegurados pela Constituição Federal, como a intimidade e o sigilo.

A utilização das ferramentas citadas e as decisões proferidas atinentes a elas, especialmente quando não fundamentadas, evidenciam que, atualmente,

---

55 *Ibidem*.

56 BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa RFB n. 1571, de 02 de julho de 2015*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=65746>. Acesso em: 20 jul. 2020.

no Brasil, o sistema judiciário e demais órgãos e entidades da Administração Pública estão direcionando seus esforços no sentido de garantir apenas o interesse público, o que resta evidenciado pela obrigatoriedade da e-Financeira, por exemplo.

Sobre o tema, Bauman[57] ressalta que "[...] a vigilância é uma dimensão-chave do mundo moderno; e na maioria dos países, as pessoas têm muita consciência de como ela as afeta", ou seja, detalhes da vida cotidiana dos cidadãos são rastreados de diversas formas e por vários atores (dentre eles, o Estado, as empresas e a própria sociedade). Assim, na sociedade em rede, a tecnologia evolui com rapidez e, cada vez mais, favorece a vigilância, tornando os cidadãos reféns das consequências dos avanços (como a invasão de sua intimidade e da violação do direito ao sigilo), das estratégias de mercado (que visa, essencialmente, o lucro) e da constante vigilância (onipresente, como afirmava Bauman), que não raro ocorre de forma silenciosa.

A revolução tecnológica é acompanhada por uma ruptura geográfica e pela desconstrução de espaços tradicionais, já que as relações passam a se estabelecer online. Dessa forma, a sociedade em rede, permeada pela ampliação e intensificação do acesso e da utilização das tecnologias eletrônicas e digitais, como ocorre no processo judicial tributário, torna vulneráveis alguns direitos universalmente consagrados, como o direito à intimidade e ao sigilo.

Por oportuno, cabe destacar a importância da constitucionalização do Direito para a temática que ora se enfrenta. Conforme assinala Barroso[58], "[...] a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico".

Assim, "os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional"[59]. A supremacia da Constituição, nesse sentido, repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive nas suas relações com os particulares.

A partir disso, tem-se que "toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional"[60], já que a Constituição está no centro de todo sistema jurídico:

---

57 BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida:* diálogos com David Lyon. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 9.

58 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr./jun. 2005, v. 240, p. 12.

59 *Ibidem*, p. 12-13.

60 *Ibidem*, p. 22.

> A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

O texto constitucional passa a consistir como paradigma a todos os aplicadores do Direito, sendo que no que se refere aos direitos fundamentais estes passam a ser aplicados e protegidos nas relações entre Estado e sociedade e também nas relações interprivadas. Para Cattoni de Oliveira[61],

> A Constituição da República é desafiada a cada decisão que se tome neste País, pois cada decisão pode ser uma reafirmação do projeto que ela vem trazer, ou representar a continuidade de práticas sociais incompatíveis com tal projeto constitucional-democrático. Ao contrário de nos frustrarmos, reformarmos ou nos furtarmos, devemos levar a Constituição a sério, se quisermos contribuir, como operadores jurídicos, e construir, como cidadãos, uma sociedade livre, justa e solidária no Brasil.

Dessa forma, a Constituição deve estar no topo normativo e interpretativo da jurisdição brasileira, sendo que a filtragem constitucional permite que o "[...] processo 'atue' como aquilo que é: direito e garantia fundamentais, condição de possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa (constitucional e principiologicamente íntegra)"[62].

Abordando o sistema constitucional tributário, Paulo Barros de Carvalho[63] ensina que o subsistema constitucional tributário, decorre do sistema de amplitude global (ordenamento jurídico), é formado pelo quadro orgânico das normas que versam acerca de matéria tributária em nível constitucional. Nesse âmbito, Carvalho[64] destaca os seguintes princípios constitucionais tributários, que limitam o poder de tributar:

> [...] a) princípio da estrita legalidade (artigo 5º, II, 150, I, da Constituição Federal); b) princípio da anterioridade (artigo 165, §§5º e 8º, e artigo 150, III, b, da Constituição Federal); c) princípio da anterioridade nonagesimal ou noventena (artigo 150, III, c, da Constituição Federal);

---

61 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. *In:* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 78.

62 MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério:* Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 62.

63 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 159.

64 *Ibidem*, p. 172-182.

> d) princípio da irretroatividade da lei tributária (artigo 150, III, a, da Constituição Federal); e) princípio da tipologia tributária (artigo 154, I, da Constituição Federal); f) princípio da proibição de tributo com efeito de confisco (artigo 150, IV, a, da Constituição Federal); g) princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Constituição Federal); h) princípio da vinculabilidade da tributação; i) princípio da uniformidade geográfica (artigo 151, I, da Constituição Federal); j) princípio da não discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino dos bens (artigo 152, da Constituição Federal); k) princípio da territorialidade da tributação; l) princípio da indelegabilidade da competência tributária (artigo 7º, do CTN) e, por fim; m) princípio da não cumulatividade.

Tendo em vista essa principiologia e o exposto acerca da realidade processual tributária brasileira com utilização de mecanismos digitais para a persecução do crédito tributário, no presente estudo, revela-se essencial esclarecer a importância da Constituição Federal no âmbito do processo tributário.

Isso, pois, o texto constitucional regula as competências dos entes federativos; os limites ao poder de tributar; os direitos e deveres dos cidadãos perante o Fisco e os princípios que fundamentam essa atividade de tributar do Estado. Não é apenas o interesse público que é protegido pelo ordenamento jurídico.

Com relação a essas questões, no âmbito do processo tributário, o juiz, no momento da prestação jurisdicional, deve conferir protagonismo à Constituição Federal, respeitando os princípios já mencionados e o princípio basilar da fundamentação das decisões (artigo 93, IX).

Como já salientado, não existe uma norma específica que discipline o processo judicial tributário no Brasil, aplicando-se o Código de Processo Civil (CPC), de maneira subsidiária. Nesse sentido, importante mencionar que a alteração legislativa do CPC em 2015 trouxe relevantes implicações relacionadas à atuação judicial, bem como desafios, na medida em que exige, sob pena de nulidade, o cumprimento de requisitos essenciais para que uma decisão seja considerada efetivamente fundamentada, conforme artigo 489, §1º.

Streck[65], ao realizar a Crítica Hermenêutica ao Direito, baseada na hermenêutica filosófica de Gadamer, sustenta que "[...] o sentido da Constituição não pode continuar velado (isto porque, passados duas décadas desde a sua promulgação, grande parte de seu texto continua inefetivo, portanto, não descoberto). Diante desse contexto, não se admite que, no Século XXI, juízes profiram decisões não fundamentadas ou que violem princípios constitucionais, o que restou

---

[65] STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 384.

ratificado pela novel legislação processual civil. Tem-se, portanto, que o processo judicial tributário, por notadamente ser pautado pela observância da Constituição Federal e do novo CPC, deve conferir protagonismo ao texto constitucional e seu viés principiológico, no sentido de concretizar o Estado Democrático de Direito.

É necessário, para tanto, que os juízes deixem de atuar apenas na busca incansável por garantir o interesse público, favorecendo a Fazenda Pública, mesmo que ocorra a violação de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Para tanto, é imprescindível que observem os ditames da hermenêutica filosófica acima traçada, pautando-se na importância da Constituição Federal como cerne do sistema jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No processo judicial tributário, em face do objetivo precípuo da satisfação do crédito tributário, a partir do atingimento do patrimônio do contribuinte, ocorre, em muitos casos, a violação de direitos constitucionalmente consagrados, como é o caso da intimidade e do sigilo. Isso, pois, em face da revolução tecnológica e do uso das tecnologias de informação e de comunicação (TIC), no contexto da sociedade em rede, são utilizados inúmeros recursos e ferramentas, a exemplo do Bacenjud, do Renajud, do Infojud e da e-Financeira, esse último diante do dever de informação das instituições financeiras.

Frise-se, ademais, não raro, além da violação de direitos fundamentais, através da utilização dos sistemas acima referidos, o julgador atua de forma discricionária e com base no paradigma da subjetividade e na filosofia da consciência. Nesse sentido, o estudo, com base nas teorias de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, demonstrou que a hermenêutica filosófica pode (e deve) influenciar a jurisdição constitucional, especialmente no âmbito do processo judicial tributário, a fim de que sejam proferidas decisões adequadas à Constituição Federal.

Apesar de ter o objetivo principal atinente à satisfação do crédito, o processo judicial tributário também pode ser aperfeiçoado, sobretudo no que tange à perspectiva da tese da resposta constitucionalmente adequada, de Lenio Streck, e da preservação de direitos e garantias fundamentais, o que ocorre quando a Constituição Federal figura como protagonista. Para tanto, é necessário que se deixe de relativizar direitos fundamentais essenciais, como a intimidade e o sigilo, tão-somente para se buscar a efetividade do processo judicial, sob o argumento da prevalência do interesse público.

Conclui-se que, em que pese as novas tecnologias de informação e comunicação representem um grande e importante avanço para a sociedade – o que é inegável, sobretudo no contexto do Século XXI –, é necessário que o seu emprego

se opere com o devido respeito ao texto constitucional, bem como que a atuação do juiz não seja pautada em sua subjetividade ou consciência. Revela-se necessário, portanto, que haja no processo judicial tributário o protagonismo da Constituição Federal e não do julgador ou da Fazenda Pública, com respeito aos direitos fundamentais já consagrados, a fim de que, então, seja possível chegar à resposta constitucionalmente adequada por meio do processo tributário.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário.* 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr./jun. 2005, v. 240, p. 1-42.

BAUMAN, Zygmunt. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos – e outras baixas colaterais da modernidade líquida. *In. Danos colaterais:* desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida:* diálogos com David Lyon. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Conselho amplia e difunde uso dos sistemas de pesquisas patrimoniais.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83502-cnj-amplia-e-difunde-uso-dos-sistemas-de-pesquisas-patrimoniais>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. SISBAJUD: Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>. Acesso em: 08 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição Federal.* Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.* Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980.* Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa RFB n. 1571, de 02 de julho de 2015.* Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=65746>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet:* reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Revisado por Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. *In:* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*: Heidegger em Retrospectiva. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. I.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I:* Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HEIDEGGER, Martin. *O meu caminho na fenomenologia*. Tradução de Ana Falcato. Covilhã: Lusofiapress, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Partes I e II. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

HOCH, Patrícia Adriani Hoch. *Levando a intimidade a sério na Internet*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 113, p. 101-147, jul./dez. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 47. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 478-490.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério:* Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SABBAG, Eduardo. *Prática tributária*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia:* limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição, Autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas). *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, ano XXIII, n. 25, jul./dez. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo? Coluna Senso incomum, *Conjur,* 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo?pagina=3>. Acesso em: 20 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. *In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:* anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; São Leopoldo: Unisinos, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso.* Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Data de recebimento: 14/08/2020

Data de aprovação: 09/09/2020

A PERSPECTIVA SUBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

THE SUBJECTIVE DIMENSION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INHERITANCE

Raphael Rego Borges Ribeiro*

RESUMO

Neste artigo, analisamos a dimensão subjetiva do direito fundamental à herança. Usamos a metodologia civil-constitucional e especialmente o método dedutivo, aplicando as grandes premissas da teoria dos direitos fundamentais às especificidades do direito sucessório. Adotamos as doutrinas de Robert Alexy e Ingo Wolfgang Sarlet como marcos teóricos. Observamos que a herança tem dupla titularidade (sucedido e sucessor). Depreendemos que a herança é um direito a algo, uma liberdade e uma competência. Notamos igualmente que o direito fundamental à herança confere aos seus titulares proteção contra o embaraço de ações, a afetação de suas situações e a eliminação de suas posições jurídicas. Concluímos ainda que, como liberdade e como competência, o art. 5º, XXX da Constituição Federal tutela implicitamente o direito fundamental de testar.

Palavras-chave: Herança. Direitos Fundamentais. Direito Civil-Constitucional. Direito das Sucessões.

ABSTRACT

In this paper, I analysed the subjective dimension of the fundamental right to inheritance. I used the civil-constitutional law as methodology, specifically the deductive method, applying the great premises of the theory of fundamental rights to the specificities of the law of succession. I adopted the theories of both Robert Alexy and Ingo Wolfgang Sarlet as theoretical frameworks. I observed that inheritance has two subjects (the

* Doutor em Direito. Professor do Magistério Superior da Universidade Federal do Oeste da Bahia – Centro das Humanidades. E-mail: raphael.ribeiro@ufob.edu.br. Artigo baseado em trecho da tese de Doutorado "O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988", defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, em 06 de dezembro de 2019, com banca composta pelos(as) Professores(as) Doutores(as) Mario Jorge Philocreon de Castro Lima, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Leandro Reinaldo da Cunha, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Ana Luiza Maia Nevares.

deceased and the heir). I noticed that inheritance is a right to something, a liberty, and a competence. I also noticed that the fundamental right to inheritance protects its subjects against embarrassments of actions, impacts on their situations, and the elimination of their entitlements. I also concluded that, both as a liberty and a competence, art.5o, XXX of the 1988 Brazilian Federal Constitution implicitly protects the fundamental right to write a will.

Keywords: Inheritance. Fundamental Rights. Civil-Constitutional Law. Inheritance Law.

INTRODUÇÃO

A herança deve ser estudada à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, uma vez expressamente inserida no rol do art. 5º, XXX da Constituição Federal de 1988. Desse modo, ao direito hereditário se reconhece uma dupla perspectiva decorrente da sua fundamentalidade: em primeiro lugar, a natureza de direito subjetivo individual; em segundo lugar, a caracterização como elemento objetivo fundamental da sociedade brasileira. Na presente pesquisa, investigaremos essa primeira perspectiva a partir da seguinte questão orientadora: quais são os desdobramentos do direito fundamental à herança em sua dimensão subjetiva?

Para responder ao problema de pesquisa acima mencionado, utilizaremos o Direito Civil-Constitucional como metodologia. Em especial, procederemos à releitura deste tradicional instituto do Direito Privado à luz da Constituição Federal; semelhantemente, reconheceremos a força expansiva das normas constitucionais, particularmente dos direitos fundamentais, sobre todo o ordenamento infraconstitucional (em especial sobre as normas sucessórias). Adotaremos especificamente o método dedutivo, aplicando as premissas gerais da Teoria dos Direitos Fundamentais aos aspectos particulares pertinentes à herança. Fundamentaremos nossa argumentação em pesquisa de natureza bibliográfica na doutrina especializada. Teremos como marco teórico a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, bem como a teoria da eficácia dos direitos fundamentais desenvolvida no Brasil por Ingo Wolfgang Sarlet.

Nosso objetivo geral é identificar os principais aspectos da dimensão subjetiva do direito fundamental à herança. Como objetivos específicos, em primeiro lugar compreenderemos de modo geral as consequências da dimensão formal da constitucionalização do direito à herança. Em segundo lugar, identificaremos a dupla perspectiva dos direitos fundamentais, bem como a classificação da dimensão subjetiva em (a) direitos a algo; (b) liberdades; e (c) competências. Por fim, analisaremos como a herança se manifesta em relação a cada um dos referidos desdobramentos.

Herança: direito fundamental

A constitucionalização do Direito Civil tem, entre outras, uma dimensão formal, cujo primeiro aspecto se verifica pela inserção, no âmbito do texto constitucional positivo, de diversos institutos classicamente considerados de Direito Privado e tradicionalmente pertinentes à legislação infraconstitucional[1]. Em verdade, como consequência do caráter prolixo da Constituição Federal de 1988, os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos mais ou menos relevantes estampados no texto constitucional[2]. Observamos nesse fenômeno uma relação com aquilo que Norberto Bobbio chamou de multiplicação dos direitos do homem[3], que tem como de seus fatores determinantes o aumento da quantidade de bens jurídicos considerados merecedores de tutela[4]. Também há uma relação com a denominada "força expansiva dos direitos fundamentais": o substrato das normas que os reconhecem é muito aberto; dessa forma, os direitos fundamentais tendem a se expandir por todo o ordenamento, resultando tanto na emergência de novos direitos quanto na renovação e no enriquecimento incessantes do conteúdo dos direitos clássicos[5].

O fenômeno acima descrito se verifica de modo geral em relação ao Direito Civil, e igualmente com o Direito das Sucessões de forma específica. Assim, na lista de direitos fundamentais atualmente consagrados, o art. 5º, XXX estabelece que "é garantido o direito de herança". Registramos que a elevação da herança ao patamar de direito fundamental expresso é uma inovação do constituinte de 1988. Anteriormente, ela só poderia no máximo ser deduzida como direito fundamental enquanto implícita no direito de propriedade; a exceção fica por conta dos direitos de autor, cuja transmissibilidade hereditária veio expressamente determinada pelas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969[6].

---

1 FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil:* sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 86.

2 BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 252.

3 De nossa parte, usaríamos a expressão "direitos das pessoas"; empregamos a locução "do homem" por fidelidade à obra citada. Fica o registro da nossa preferência por uma linguagem mais inclusiva, conforme já ressaltamos na Introdução.

4 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 82-83.

5 UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: las teorias y la practica. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 224.

6 A Constituição de 1824 se referia exclusivamente à hereditariedade do trono Imperial. A Constituição de 1891 mencionava o direito de herança exclusivamente a respeito da

De acordo com Luís Roberto Barroso, a ascensão de um elemento de direito infraconstitucional ao patamar constitucional resulta na mudança de qualidade da interação deste elemento com as demais normas daquele subsistema, passando a existir uma relação de subordinação destas em relação àquele; trata-se "da constitucionalização das fontes do direito naquela matéria"[7]. Significa dizer que o direito infraconstitucional como um todo (e o Direito das Sucessões de maneira essencial), bem como a atuação dos três poderes públicos, passou a ser informado pela existência de um direito fundamental à herança. Da mesma forma, compete à doutrina aplicar à herança, agora direito fundamental, a teoria dos direitos fundamentais. É parcialmente a esse esforço que nos dedicaremos neste artigo.

Quatro observações iniciais sobre o direito fundamental à herança

Antes de efetivamente analisar a herança à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, devemos fazer quatro observações iniciais que nortearão o restante do nosso estudo. Em primeiro lugar, previamente a 1988, poderia se discutir a fonte constitucional do Direito das Sucessões de forma indireta, com base na família, na propriedade, na liberdade (no caso, de testar) ou simultaneamente em todas essas matérias já presentes nos textos constitucionais anteriores. Por mais que se mantenha sempre relevante o debate sobre o fundamento da herança, o fato é que hoje encontramos no art. 5º, XXX da Constituição Federal a fonte direta do fenômeno sucessório positivado.

Em segundo lugar, a inclusão expressa desse direito no rol do art. 5º da Constituição Federal tem como consequência a atribuição, pelo constituinte, da natureza de cláusula pétrea à herança. De acordo com o art. 60, § 4º, IV do texto constitucional, eventuais emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais não serão objeto de deliberação. Consequentemente, o

---

propriedade intelectual. A Constituição de 1934 igualmente mencionava a sucessão relativa à propriedade intelectual, bem como tratava do imposto de transmissão *causa mortis* (inclusive sujeitando-o à progressividade e determinando a igualdade de tributação entre a herança de filhos naturais e legítimos); ademais, regulava a vocação hereditária quanto a bens de estrangeiros situados no Brasil. A Constituição de 1937 tratava do imposto de transmissão *causa mortis* e da sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil. A Constituição de 1946 também tratava do imposto sobre herança; previa a sucessão dos direitos sobre obras literárias, artísticas e científicas; referia-se à sucessão dos bens de estrangeiro existentes do Brasil. A Constituição de 1967 previa a transmissibilidade por herança dos direitos de autor sobre obras literárias, artísticas e científicas; versava sobre a sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil; e estabelecia o imposto de transmissão, inclusive resultante de sucessão *causa mortis*. A Constituição de 1969 (disfarçada de Emenda Constitucional 01/1969) se referia à transmissibilidade por herança do direito de autor, ao imposto de transmissão *causa mortis* e à sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil.

7 BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização*, *op. cit*., p. 252.

direito à herança não pode ser suprimido do ordenamento jurídico brasileiro enquanto vivermos sob a atual ordem constitucional. Tal constatação tem repercussões no debate sobre a funcionalização da herança.

Em terceiro lugar, a teoria que adotamos sobre o fundamento e a função da herança nos leva a considerar que os titulares desse direito fundamental, na sua perspectiva subjetiva, são tanto o sucedido quanto o sucessor. Conforme Murphy e Nagel, a sucessão *causa mortis* necessariamente envolve duas partes, que devem ser distinguidas e tratadas separadamente: o direito de transmitir a herança; e o direito de receber a herança[8]. Analisando a estrutura sucessória dos Estados Unidos, dos demais países cujo regime jurídico é o *common law*, bem como dos países que aderem ao *civil law*, Shelly Kreiczer-Levy conclui que nos três[9] sistemas a herança é bifocal, no sentido de servir aos interesses tanto de quem a transmite quanto de quem a recebe[10]. Para ela, uma visão holística da herança requer que combinemos os interesses do *de cujus* e dos beneficiários. Por essa razão, aderimos aqui à tese da "dupla titularidade" do direito à herança; na contramão de alguns setores doutrinários, não a consideramos absurda[11].

Em quarto lugar, precisamos tomar muito cuidado ao interpretar o direito de herança garantido entre os direitos fundamentais. Não devemos adotar a visão estreita de que o art. 5º, XXX da Constituição Federal deve ser lido à luz da herança enquanto instituto positivado no Código Civil. Conforme Tiago Ensterseifter afirmou em contexto mais amplo, não podemos fazer a errada leitura no sentido código-constituição, em detrimento da adequada leitura constituição-código[12].

---

8 MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership:* Taxes and Justice. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003, p. 161.

9 Aqui devemos fazer uma importante ressalva. Falamos em três sistemas porque, além do *civil law* e da *common law*, em matéria hereditária, devemos tratar separadamente os Estados Unidos em relação às demais jurisdições de *common law*. O regime sucessório norte-americano de modo geral direciona excessivo foco na noção de propriedade e da necessidade de organização de sua transferência após a morte do indivíduo. Mais preocupado com a noção de controle da propriedade durante a vida e para além da morte, trata-se de um sistema cujo princípio norteador é a autonomia, refletida na liberdade testamentária. Ver: TRITT, Lee-ford. Technical Correction or Tectonic Shift: competing default rule theory under the new Uniform Probate Code. *Alabama Law Review*, v. 61, n. 2, 2010, p. 280. Ali, as noções de solidariedade familiar são muito mais tímidas do que, de modo geral, no resto do mundo ocidental, inclusive no Brasil. Até mesmo as demais jurisdições de *common law* abrandaram os rigores da excessiva liberdade testamentária, com a adoção do instituto da *family provision*.

10 KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012, p. 497.

11 GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança*: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015, p. 93.

12 ENSTERSEIFTER, Tiago. A Função Social Como Elemento Constitutivo Do Núcleo Normativo-Axiológico Do Direito De (À) Propriedade Uma Leitura Comprometida Com A Realidade Social Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2005, p. 11.

Semelhantemente, Gustavo Tepedino criticou a chamada "civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional"[13]. Tepedino também já ressaltou a necessidade de se evitar o "equívoco de entender o processo hermenêutico como uma via de mão dupla (influência recíproca entre normas constitucionais e normas de hierarquia inferior)", sob pena de se eternizarem "noções culturais ou consuetudinárias ultrapassadas, e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional, em favor de esquemas mentais misoneístas, construídos no passado e adotados de forma servil e acrítica pelo intérprete"[14]. Para ele, na medida em que a fundamentação hermenêutica é axiológica, e não lógica, "há de se manifestar necessariamente em um só sentido: são os valores constitucionais que devem impregnar cada julgado, ou cada núcleo legislativo, ou cada categoria do direito infraconstitucional"[15].

Devemos, então, interpretar o direito infraconstitucional como um todo, e o Livro do Direito das Sucessões do Código Civil de 2002 em especial, à luz da Constituição (especificamente do direito fundamental à herança), e não o contrário. Nesse sentido, Pietro Perlingieri já sustentava que a norma constitucional é a justificação da norma ordinária, que por sua vez deve se harmonizar com coerência e razoabilidade àquela[16]. Assim, a herança que encontramos na Constituição é que deve conformar a noção de herança (em sentido amplo) que está codificada. Pelas razões acima mencionadas, discordamos do entendimento de Paulo Lôbo que, por um lado, entende que a Constituição não protege a sucessão em geral, mas apenas a herança em sentido estrito, ou seja, o direito de quem é herdeiro (e não o de quem é legatário); e que a finalidade da norma constitucional é a proteção da sucessão legítima, cabendo à testamentária mera tutela infraconstitucional (inclusive quando disser respeito a herdeiros testamentários)[17]. Com esta afirmação, o referido autor está indevidamente delimitando o conteúdo de um direito fundamental com base em uma

---

13 TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 7, n. 28/29, jul./dez. 2008, p. 206.

14 TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 363.

15 *Id*., p. 364.

16 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 574.

17 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39-41; LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 48, 2017, p. 147-149. Paulo Lôbo fundamenta essa última afirmação na proteção constitucional às pessoas físicas que tenham relação de parentesco ou família com o *de cujus*, bem como em razão dos valores sociais e de solidariedade familiar.

distinção feita pelo legislador (e não pelo constituinte)[18]. Ainda que aceitássemos uma interpretação literal (e já excessivamente restritiva) do art. 5º, XXX da Constituição Federal, no sentido de que há uma proteção à herança, mas não ao legado, não há qualquer fundamento para incluir no âmbito de proteção desse direito fundamental apenas os herdeiros legítimos e não os testamentários. Afinal, se a família (base da sucessão legítima) é objeto de tutela constitucional, a liberdade (autonomia privada – no caso, testamentária) também o é[19]. Nesse mesmo sentido, devemos considerar que por meio da sucessão testamentária o testador pode praticar atos que consubstanciam a concretização direta de valores constitucionais, como por exemplo chamar à sua sucessão alguém indevidamente negligenciado pela legislação, como era o caso dos parceiros homossexuais na lamentável época em que o Direito de Família peremptoriamente rejeitava atribuir direitos a casais formados por pessoas do mesmo sexo[20]. Assim sendo, consideramos que a Constituição protege diretamente e amplamente todo o fenômeno hereditário.

A dupla perspectiva do direito fundamental à herança

Os direitos fundamentais como um todo têm dupla perspectiva: são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos individuais (dimensão subjetiva) e elementos objetivos fundamentais da sociedade (dimensão objetiva)[21]. José Carlos Vieira de Andrade menciona que podemos encontrar na doutrina as expressões "dupla dimensão", "dupla natureza", "duplo caráter" ou mesmo "dupla função", sempre

---

18 Cabe aqui a referência a Pietro Perlingieri, para quem "a legalidade constitucional impõe uma interpretação da norma ordinária ou de grau inferior, à luz dos interesses e dos valores constitucionalmente relevantes, de maneira que limitar-se à letra clara ou ao sentido próprio das palavras (é possível?) ou à intenção do legislador, passado ou presente, significaria colocar-se fora desta legalidade (...)". PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74.

19 PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

20 MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. *Feminist Legal Studies*, v. 19, 2011, p. 231.

21 A este respeito, mencionamos Daniel Sarmento, que sucintamente afirma: "Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política". SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105.

se referindo às dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais; o autor português critica, porém, a inconsistência com que os conceitos são usados[22]. Nesse sentido, Vieira de Andrade afirma que a distinção das dimensões é relevante para demonstrar que

> os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual[23].

Não entraremos no debate doutrinário a respeito de qual perspectiva deve predominar; para os fins aos quais se propõe a presente investigação, basta que analisemos as distinções entre elas. A herança, incluída no rol desses direitos, também possui cada uma dessas dimensões, e é necessário que as identifiquemos e compreendamos.

A doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem, com certo consenso, a existência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Sob este prisma objetivo, por um lado, os direitos fundamentais constituem a estrutura básica da ordem jurídica, sendo um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação dos poderes públicos[24]. Isso significa que a atuação do Estado (e aqui nos referimos ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário) não mais é apenas limitada por estas normas, mas também direcionada por elas[25]. Por outro lado, a dimensão objetiva também implica a outorga de funções e conteúdos normativos autônomos aos direitos fundamentais, que transcendem sua perspectiva subjetiva – "uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais"[26]. Apesar da importância da perspectiva objetiva do direito fundamental à herança, o presente artigo não se debruçará sobre ela; focar-nos-emos exclusivamente na perspectiva subjetiva.

Para os fins desta pesquisa, referimo-nos à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais no sentido de estes serem entendidos, ressalvadas suas

---

22 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra, PT: Almedina, 2001, p. 110.

23 *Id*., p. 111.

24 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, 2015, p. 149.

25 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais*, p. 106.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit*., p. 150.

peculiaridades[27], como direitos subjetivos. José Carlos Vieira de Andrade identifica dois aspectos na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais[28]. Por um lado, o aspecto funcional refere-se ao reconhecimento da existência (e consequente busca de satisfação) de interesses próprios dos titulares. Ao mesmo tempo, o aspecto estrutural diz respeito à proteção intencional e efetiva desses interesses, proteção esta à qual corresponde o "poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos".

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, "ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)"[29]. Ainda segundo o mencionado autor, "desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito"[30]. A intensidade dessa justiciabilidade, no entanto, varia de acordo com a normatividade de cada direito fundamental[31]. Precisamos, então, verificar como o titular do direito à herança pode tutelar judicialmente tal direito.

Nosso marco teórico na questão, Ingo Sarlet, adota a tríplice divisão, proposta por Robert Alexy, dos direitos fundamentais ("posições jurídicas fundamentais"), em sua perspectiva subjetiva, em "direitos a algo", "liberdades" e "competências"[32]. Nas seções seguintes, analisaremos o direito fundamental à herança com base nessa teoria, para compreendermos a natureza do seu conteúdo.

O direito fundamental à herança como um "direito a algo"

Robert Alexy sustenta que um "direito a algo" pode ser compreendido como uma relação tríplice, cujos elementos são o titular do direito, o seu destinatário e o seu objeto[33]. Ele ainda afirma que "o objeto de um direito a algo é sempre uma

---

27 As peculiaridades dos direitos fundamentais se referem à qualidade dos sujeitos passivos típicos, à multiplicidade de conteúdos, à variedade e complexidade estrutural, à diversidade funcional e à sujeição a diferentes regimes constitucionais; tudo isso os diferencia da generalidade dos direitos subjetivos típicos do Direito Privado. *Id*., p. 116.

28 *Id*., p. 115.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit*., p. 158.

30 *Id*., p. 158.

31 *Id*., p. 160.

32 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2. ed., 4. tiragem. Tradução da 5. ed. alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 193. Recomendamos também a leitura da obra de José Joaquim Gomes Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra, PT: Almedina, 1993, p. 537-540.

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit*., p. 194.

ação do destinatário", caso contrário não haveria sentido em se referir a este sujeito. Levando essa afirmação em consideração, poderíamos classificar a herança como um direito a algo? O titular do direito à herança pode exigir um agir do destinatário desse direito? Em caso positivo, qual seria essa ação exigível, decorrente do direito à herança? Para respondermos a essas questões, devemos considerar que a ação do destinatário objeto de um "direito a algo" pode ser negativa (uma abstenção) ou positiva (um fazer). Com base nessa distinção, em se tratando do Estado como destinatário, temos, respectivamente, "direitos de defesa" e "direitos a ações positivas"[34].

Os direitos de defesa, que se referem a uma ação negativa do Estado, dividem-se em "direitos ao não embaraço de ações", "direitos à não afetação de características e situações" e "direitos à não eliminação de posições jurídicas"[35].

Quando Alexy menciona a defesa contra o embaraço, ele se refere à proteção que um titular de um direito fundamental tem contra suas ações serem impedidas ou dificultadas[36]. Na esteira da teoria de Alexy, aqui nos referimos a impedimentos ou dificuldades fáticas[37]. Assim, não estamos falando da circunstância de o Estado tornar determinadas ações juridicamente impossíveis pela derrogação das normas constitutivas de determinado ato jurídico; essa hipótese específica diz respeito a privar os sujeitos de uma determinada situação jurídica[38].

Dessa forma, podemos imaginar o direito fundamental à herança atuando no sentido de proteger o seu titular de ser faticamente impedido ou dificultado de exercer a sua condição de sucessor. Assim, por exemplo, seria inconstitucional uma norma que exigisse a finalização do inventário e partilha dos bens para que os herdeiros pudessem residir no imóvel deixado pelo *de cujus*. Da mesma forma, vemos uma violação ao direito fundamental à herança quando, por força da morosidade do Judiciário, a alienação de bens do acervo hereditário, dependente de autorização judicial[39], é retardada excessivamente a ponto de tais bens sofrerem profunda desvalorização ou até mesmo perecerem. Da perspectiva do

---

34 *Id*., p. 195-196.

35 *Id*., p. 196-199.

36 *Id*., p. 196.

37 *Id*., p. 198.

38 Assim, não estamos falando da circunstância de o Estado tornar determinadas ações juridicamente impossíveis pela derrogação das normas constitutivas de determinado ato jurídico; essa hipótese específica diz respeito a privar os sujeitos de uma determinada situação jurídica. Os direitos a que isso não ocorra são direitos à não eliminação de posições jurídicas, sobre os quais trataremos mais à frente.

39 Código Civil de 2002, art. 1.793, § 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

sucedido, ilustrativamente, haveria embaraço e consequente violação aos seus interesses em relação à herança se o Estado lhe impusesse desarrazoadas limitações aos atos de disposição *post mortem*. Isso evidentemente não significa que qualquer limitação ao ato de testar seja inconstitucional; mas que tais limitações devem ser justificadas racionalmente por outros interesses constitucionalmente relevantes em jogo. Nesse sentido, na medida em que o direito à herança não é absoluto, à luz do princípio da proporcionalidade e da ponderação de interesses, admitimos a existência de restrições tanto qualitativas quanto quantitativas à autonomia privada testamentária.

Os direitos de defesa também podem se referir à proteção contra a afetação, por parte do Estado, de certas características e situações do titular do direito; exemplo de característica protegida seria "ser saudável", e de situação, a "inviolabilidade do domicílio"[40]. Entretanto, devemos ter em mente que essa proteção não é absoluta. A título ilustrativo, a inviolabilidade domiciliar é afastada em determinados casos, nos quais outros interesses são considerados mais relevantes do que o consentimento do morador, como flagrante delito, desastre, necessidade de prestação de socorro ou determinação judicial[41]. Assim, por exemplo, a vontade manifestada pelo sucedido em relação à sua herança é inviolável, desde que compatível com os demais interesses protegidos pelo ordenamento jurídico – entre eles, a solidariedade familiar. Se houver essa compatibilidade, contudo, o Estado não poderá afetar o conteúdo do testamento.

Por fim, os direitos a uma abstenção do Estado podem se referir à proteção contra a eliminação, pelo Estado, de determinadas posições jurídicas do titular do direito. O exemplo dado por Robert Alexy, com fundamento na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, é o do proprietário, cujo direito carece necessariamente de conformação jurídica pelas normas que definem a propriedade[42]. Se as normas que juridicizam a propriedade são derrogadas, elimina-se a posição jurídica abstrata de proprietário, ou seja, a possibilidade jurídica ou a competência para adquirir ou transferir a propriedade sobre determinados objetos, ou ainda a possibilidade ou a competência para realizar determinadas ações jurídicas baseadas na posição de proprietário"[43]. Nesse sentido, o direito a uma posição jurídica se consubstancia na proteção contra a derrogação das normas correspondentes[44].

É bem fácil enxergar o direito fundamental à herança enquanto um "direito a algo", no sentido de um direito a uma posição jurídica. A posição jurídica

---

40 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 199.
41 Constituição Federal de 1988, art. 5º, XI.
42 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 199.
43 *Id.*, p. 200.
44 *Id.*, p. 201.

abstrata de herdeiro não pode ser eliminada do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de a herança ter sua fonte diretamente na Constituição, esse direito precisa ser conformado infraconstitucionalmente para que sejam determinados as titularidades e os poderes a ele relacionados. Consequentemente, ao legislador não é dado revogar as normas que cumprem esse papel, ao menos sem editar nova legislação para tanto; o vácuo normativo daí decorrente seria incompatível com a Constituição Federal.

Por outro lado, conforme a teoria de Robert Alexy, os "direitos a algo", quando têm por objeto um "fazer" por parte do destinatário, consistem em direitos a posições positivas, que por sua vez podem ser divididas em ações positivas fáticas ou normativas[45]. Para as primeiras (que também podem ser designadas direitos a prestações em sentido estrito), é irrelevante a forma adotada pelo Estado para satisfazer o direito; para as segundas, o Estado deve necessariamente atuar pela criação de normas[46].

Existe alguma ação positive fática a se exigir do Estado relacionada com o direito à herança? Existem vozes doutrinárias no sentido de que o Estado deveria realizar a todos o pagamento de uma subvenção ou uma transferência a título gratuito de bens que fariam a vez de um acervo hereditário, a todos assegurado. Seria o caso de se reconhecer a herança enquanto um direito fundamental a uma prestação positiva fática. Por exemplo, com base no jusnaturalismo, Thomas Paine[47] defendia a criação de um Fundo Nacional que assegurasse a todas as pessoas, ao atingirem 21 anos, o recebimento de uma soma de 15 libras, bem como 10 libras por ano para os maiores de 50 anos[48]. Para Paine, esses valores seriam devidos a qualquer pessoa, rica ou pobre, pois todos teriam um direito natural à herança[49]. Entretanto, ainda que esta ideia seja pertinente para a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual, não nos parece que esse tenha sido o cenário imaginado pelo constituinte ao positivar o art. 5º, XXX. Não identificamos neste dispositivo a fonte de um direito constitucional a receber gratuitamente patrimônio, pago pelo Estado, na medida em que tal medida de redistribuição de riqueza, apesar dos seus aparentes méritos, foge completamente à ideia de sucessão *causa mortis*.

---

45 *Ibid*.

46 *Id*., p. 202.

47 Obviamente, Thomas Paine escreveu sua obra em um contexto totalmente distinto do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Britânico, ele participou da Independência dos Estados Unidos e ainda teve influência substancial na Revolução Francesa. *Agrarian Justice*, ora referenciado, foi escrito na França. Entretanto, a sua proposta guarda relação com a ideia de herança enquanto direito a prestação fática positiva por parte do Estado.

48 PAINE, Thomas. *Agrarian Justice*. 1795. Disponível em: <http://piketty.pse.ens.fr/files/Paine1795.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018, p. 10.

49 *Id*., p. 11. "It is not charity but a right, not bounty but justice, that I am pleading for." *Id*., p. 15.

Por outro lado, conseguimos ver na herança um direito a ações positivas normativas. Haverá uma inconstitucionalidade por omissão (tutelável judicialmente, portanto) sempre que o Estado for inerte no seu dever de atuar na criação de normas que assegurem o exercício do direito à herança. Assim, em primeiro lugar, o legislador deve conformar o fenômeno hereditário (quem é sucedido, quem é sucessor, em que se sucede). Além disso, o Estado tem o dever de preencher lacunas legislativas decorrentes de novas situações fáticas, como o surgimento de novas pessoas com pretensões à herança (caso da reprodução assistida *post mortem*); ou de novos objetos sobre os quais a sucessão pode se operar (como foi o caso, no passado, dos direitos de autor e como hoje há a necessidade, por exemplo, de se melhor regular a transmissão *causa mortis* de acervos eletrônicos, criptomoedas, páginas de redes sociais, entre outros bens intangíveis existentes na era digital). Do mesmo modo, devem ser editadas normas que protejam a condição de herdeiro indevidamente não reconhecida, ou para a recuperação de bens da herança indevidamente sob a posse alheia – sob esse aspecto, elogiável a inclusão da petição de herança no Código Civil de 2002[50].

Ainda com relação à herança enquanto um direito a ações positivas normativas, também cabe ao Estado editar normas procedimentais que facilitem o exercício dos direitos hereditários; como exemplo, podemos mencionar a Lei n. 11.441/2007, que possibilitou a realização de inventário e partilha por via administrativa[51]. A morosidade do inventário judicial é um obstáculo ao pleno exercício do direito à herança, sendo o prazo de 12 meses para o seu encerramento[52] texto de lei sem qualquer efetividade social, um caso típico de legislação-álibi; esse cenário foi de certa forma atenuado com a possibilidade de se inventariar extrajudicialmente o acervo hereditário. É claro que não se trata de um sistema perfeito, à prova de falhas. Por exemplo, como os Tabelionatos não são órgãos jurisdicionais, não estão sujeitos às regras de competência, inclusive aquelas relacionadas à herança[53]. Assim, os interessados não precisam realizar o inventário extrajudicial no domicílio do autor da herança nem no foro de situação dos bens; identificamos aqui um terreno fértil para a fraude, como por exemplo a exclusão dolosa de um ou mais interessados no procedimento[54]. Apesar disso, o avanço

---

50 Arts. 1824 a 1828.

51 Por essa mesma razão, foi aprovado na VII Jornada de Direito Civil o Enunciado 600, segundo o qual "após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial". Apesar de a legislação (art. 610, *caput* do Código de Processo Civil de 2015) excluir da via administrativa os casos em que há testamento, no cenário descrito no enunciado não há qualquer justificativa para a imperatividade da adoção da via judicial.

52 Art. 611 do Código de Processo Civil de 2015.

53 Art. 48 do Código de Processo Civil de 2015.

54 Tivemos que esperar quase uma década para que, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, as instituições financeiras se sentissem à vontade para aceitar o levantamento, com base

social decorrente do sistema da Lei n. 11.441/2007, no sentido de exercício efetivo do direito fundamental à herança, é inegável. Entendemos assim que, com base na proibição do retrocesso[55], seria inconstitucional a abolição do inventário extrajudicial.

No mesmo sentido de ações normativas positivas que facilitam o exercício dos direitos hereditários, devemos destacar a possibilidade de levantamento de valores indicados em alvará judicial, independentemente de arrolamento, nas hipóteses previstas na Lei n. 6858/1990[56] – diploma normativo cuja revogação, sem fundamento constitucional relevante ou substituição por normativa semelhante, significaria claro retrocesso social.

O direito fundamental à herança como uma "liberdade"

No contexto da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, seguindo a doutrina de Robert Alexy, utilizaremos a palavra "liberdade" na acepção de liberdade jurídica[57]. A base do conceito de liberdade é constituída "por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade"[58]. De acordo com Alexy, somente podemos falar em liberdade jurídica quando o objeto desta for uma alternativa de ação; o conceito não se refere ao que o titular deve fazer ou irá fazer, mas sobre as suas possibilidades de fazer (e, semelhantemente, de não fazer) algo[59]. Assim, por exemplo, quando nos referimos à liberdade (jurídica) de expressão, estamos tratando da permissão jurídica para que o titular expresse a sua opinião, bem como para que ele deixe de fazê-lo[60]. Porém, para Alexy, a simples permissão do fazer (ou não fazer) algo constitui, por si só, uma liberdade não protegida[61]. Uma liberdade somente poderá ser considerada protegi-

---

na escritura pública de partilha, dos valores nelas depositados em nome do *de cujus*. Não por outra razão, a possibilidade teve de vir expressa no art. 610, § 1º, *in fine* do Código de Processo Civil de 2015.

55 A respeito da proibição do retrocesso em matéria social, cuja análise em maior profundidade foge ao objeto da presente investigação, recomendamos a obra organizada por Christian Courtis. COURTIS, Christian (org.). *Ni un paso atrás:* la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

56 Art. 1º – Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

57 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit*., p. 218.

58 *Id*., p. 220.

59 *Id*., p. 222.

60 *Id*., p. 226.

61 *Id*., p. 227.

da quando for "constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida"[62].

Na doutrina de Robert Alexy, a liberdade pode ser protegida em face do Estado tanto negativamente quanto positivamente[63]. No primeiro caso, a proteção se dá pelo direito ao não embaraço de ações, ao qual correspondem proibições de ações que embaracem as liberdades fundamentais. Por outro lado, a proteção é positiva quando se combina a liberdade com o direito a uma ação positiva, no sentido de se "tornar faticamente possível ao portador da liberdade aquilo que a ele é permitido e, nesse sentido, juridicamente possível"[64].

A princípio, da perspectiva do sucessor, o direito à herança é essencialmente um direito a um *status* jurídico, não a alternativas de ação. Todavia, existem liberdades conexas a este *status* de herdeiro, a começar pela própria margem de deliberação a respeito de aceitar essa condição ou a ela renunciar – não existe *dever* à herança[65].

Quanto ao sucedido, é mais fácil verificar o direito à herança enquanto uma liberdade jurídica no sentido empregado por Alexy, ou seja, uma alternativa de ação. Ao sujeito é dada a possibilidade de fazer testamento, negócio jurídico em que pode manifestar aquela que será considerada a sua última vontade. Obviamente, também é dada ao sujeito a possibilidade de não fazer testamento; *a priori* não existe dever jurídico de testar[66]. Ademais, a liberdade de testar não é uma simples permissão; trata-se de uma liberdade protegida. A ação permitida (elaborar um testamento) é regulamentada por diversas normas de direito objetivo que garantem o ato de disposição por parte do testador – em especial, todo o Título III do Livro V do Código Civil de 2002. Por essa razão, aderimos ao reconhecimento do ato de testar como um direito fundamental implícito no âmbito de proteção do art. 5º, XXX da Constituição Federal[67].

---

62 *Id.*, p. 233.

63 *Id.*, p. 234.

64 *Id.*, p. 234.

65 Devemos mencionar a hipótese de renúncia prejudicial a credores. No art. 1.813 do Código Civil de 2002, o legislador estabelece de forma atécnica uma aceitação da herança pelos credores do renunciante. Na verdade, o que ocorre na situação é uma ineficácia da renúncia em relação a esses credores prejudicados, no limite dos seus créditos. Não há aceitação forçada e o renunciante jamais será considerado herdeiro.

66 Considerando as potenciais insuficiências do modelo *one size fits all* de sucessão intestada, reconhecemos a possibilidade de a ordem de vocação hereditária prevista na lei ser insuficiente para, no caso concreto, contemplar com quinhão hereditário determinadas pessoas próximas ao autor da herança por vínculos de afeto, cuidado ou dependência. Nesses casos. enxergamos certo dever do sucedido de prover por testamento em favor dessas pessoas que, por deficiência da legislação, não foram chamadas à sucessão.

67 RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, 2020.

O direito fundamental à herança como uma "competência"

Por fim, os direitos fundamentais, em sua perspectiva subjetiva, podem se apresentar como competências, sejam do cidadão, sejam do Estado. Em relação aos indivíduos, as "competências" constituem um terceiro grupo de posições jurídicas fundamentais ao lado dos "direitos a algo" e das "liberdades". De acordo com Robert Alexy, "por meio de determinadas ações do titular ou dos titulares da competência, uma situação jurídica é alterada", seja pela criação de normas (tanto individuais quanto gerais) ou pela alteração das posições jurídicas daqueles indivíduos submetidos às normas[68].

A alteração de situação jurídica é essencial à noção de competência. Com base nisso, Alexy distingue competência e permissão: "uma ação que seja meramente a realização de algo permitido não é, por si só, o exercício de uma competência, o que é perceptível pela diversidade de ações permitidas que não implicam alteração de uma situação jurídica"[69]. Apesar disso, a alteração da situação jurídica, por si só, não é um critério adequado para distinguir competência de capacidade fática. Atos delituosos modificam situações jurídicas sem, no entanto, que sua prática seja considerada como exercício de competência[70]. Dessa forma, para Alexy, o exercício de uma competência se dá por meio de ações institucionais, isto é, "ações que podem ser realizadas não somente em razão de capacidades naturais; elas pressupõem a existência de regras que lhes são constitutivas"[71]. Essa natureza constitutiva das normas de competência serve de parâmetro diferenciador em relação às normas de conduta, pois estas últimas simplesmente qualificam ações, estabelecendo obrigações, direitos a algo e liberdades[72]. Nesse contexto, é essencial que compreendamos que os institutos jurídicos de Direito Privado (como, por exemplo, o casamento e a propriedade) são "complexos de normas formados essencialmente por normas de competência"[73].

Existe uma relação entre liberdades e competências: a atribuição de competências a alguém cria novas (e, portanto, aumenta o número de) alternativas de ação disponíveis a esse sujeito. Na medida em que um indivíduo só é juridicamente livre para realizar um ato jurídico quando há uma norma que lhe atribua a competência para o fazer, "o não reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade – e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz"[74].

---

68 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 236.
69 *Id.*, p. 237.
70 *Id.*, p. 238.
71 *Id.*, p. 239.
72 *Id.*, p. 240.
73 *Id.*, p. 245.
74 *Id.*, p. 246.

Um claro exemplo em que vemos o direito fundamental à herança enquanto uma competência é, do ponto de vista do sucedido, a competência para fazer testamento. O testador altera a situação jurídica dos sucessores, em especial modificando, dentro de certos limites, o esquema legal de distribuição do patrimônio hereditário. Assim, para ficar nos exemplos mais comuns, ele tem a liberdade de chamar quem originalmente não seria chamado, ou de aumentar o quinhão de alguém que originalmente receberia menos. O ato de testar é uma competência porque se dá por meio de ações institucionais, na medida em que pressupõe regras que lhe regulamentem e deem eficácia jurídica às disposições testamentárias.

De acordo com Robert Alexy, há competências que gozam da qualidade de direitos fundamentais (e, portanto, da proteção daí advinda), como aquelas relacionadas aos institutos jurídicos de Direito Privado, por exemplo, a competência para se casar, para constituir associação, para adquirir propriedade ou para testar[75]. Existe, assim, uma proteção contra a ação do legislador, direcionada à eliminação ou à alteração substancial desses institutos jurídicos de Direito Privado. Essa proibição de eliminação das competências relacionadas aos institutos jurídicos de Direito Privado consubstancia o núcleo da chamada "teoria da garantia de institutos"[76]. Nessa perspectiva, as competências para adquirir herança e para testar, por exemplo, são protegidas contra a ações legislativas tendentes a as eliminar.

Por fim, em relação à competência do Estado, as normas de direito fundamental, em perspectiva subjetiva, atuam como normas negativas de competência[77]. Elas conferem ao indivíduo um âmbito de não sujeição ao Estado, dentro do qual o Estado não tem competência para agir. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, o Estado, poder constituído que é, só pode agir dentro dos limites que lhe foram determinados pelo poder constituinte[78]. Os direitos fundamentais, em sentido subjetivo, consubstanciam uma dessas limitações, retirando do espaço de atuação estatal certos interesses constitucionalmente considerados dignos de tutela e proteção. Com base nessa perspectiva, consideramos que, ao vedar em regra a disposição testamentária em favor do concubino, o Estado ultrapassa os seus limites de atuação, violando tanto a liberdade de testar do sucedido casado quanto o direito a ser sucessor por parte do seu concubino[79].

---

75 *Id.*, p. 244.

76 Concebida por Martin Wolff, em seu *Reichsverfassung und Eigentum*, e aperfeiçoada por Carl Schmitt, em seu *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung.*

77 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 247.

78 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 151.

79 Art.1.801, III. Ressalvamos que o tópico requer estudo aprofundado em momento próprio.

Por outro lado, no estabelecimento dos institutos da indignidade e da deserdação não há, em tese, violação a essa norma negativa de competência, uma vez que a exclusão da sucessão se fundamenta na proteção a outros interesses que, nas respectivas hipóteses, o legislador razoavelmente compreendeu que devem prevalecer em detrimento da herança.

CONCLUSÃO

No presente artigo, estudamos a dimensão subjetiva do direito fundamental à herança. Observamos as consequências decorrentes da constitucionalização dos tradicionais institutos de direito privado, em especial a eficácia de conformação em relação a todo o ordenamento infraconstitucional. Notamos ainda que a Constituição Federal de 1988 inovou ao elevar expressamente o direito à herança ao patamar de fundamental. Inferimos ainda que este direito é marcado por uma dupla titularidade: o sucedido tem direito a deixar herança, o sucedido tem direito a receber herança.

Compreendemos que os direitos fundamentais, inclusive a herança, têm duas distintas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. Aprendemos que, de acordo com a perspectiva objetiva, a herança integra uma ordem de valores objetivos da sociedade brasileira; por outro lado, de acordo com a perspectiva subjetiva, trata-se de direito subjetivo dos seus titulares.

Com base nas lições de Robert Alexy, notamos que, em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais desdobram-se entre (a) direitos a algo; (b) liberdades; e (c) competências. Desse modo, depreendemos que a herança, enquanto direito a algo, pode ser tanto um direito de defesa quanto um direito a uma prestação positiva. Como direito de defesa, a herança protege os sujeitos de fenômeno sucessório contra o embaraço de suas ações, contra a afetação de suas situações e contra a eliminação de suas posições jurídicas. Uma das principais consequências de tais conclusões é a percepção de que a herança não pode ser eliminada do ordenamento jurídico brasileiro, e a revogação das respectivas normas infraconstitucionais sem a edição de dispositivos que as substituam configuraria inconstitucionalidade decorrente do retrocesso social. De outro modo, como direito a uma prestação positiva, visualizamos especificamente o dever de uma atuação normativa do Estado para assegurar o exercício da herança. Por outro lado, tanto enquanto liberdade como enquanto competência, concluímos que no âmbito de proteção do direito à herança existe a tutela ao direito de testar. Do mesmo modo, concluímos que a herança igualmente representa uma competência negativa para o Estado, no sentido de um espaço de titularidade dos sujeitos dentro do qual os poderes constituídos não podem atuar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2. ed., 4. tiragem. Tradução da 5. ed. alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 2. ed. Coimbra, PT: Almedina, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 6. ed. rev. Coimbra, PT: Almedina, 1993.

COURTIS, Christian (org.). *Ni un paso atrás:* la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

ENSTERSEIFTER, Tiago. A Função Social Como Elemento Constitutivo Do Núcleo Normativo-Axiológico Do Direito De (À) Propriedade Uma Leitura Comprometida Com A Realidade Social Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil:* sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança:* âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.

KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 48, 2017.

MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. *Feminist Legal Studies*, v. 19, 2011.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership:* Taxes and Justice. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003.

PAINE, Thomas. *Agrarian Justice*, 1795. Disponível em: <http://piketty.pse.ens.fr/files/Paine1795.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 7, n. 28/29, jul./dez. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

TRITT, Lee-ford. Technical Correction or Tectonic Shift: competing default rule theory under the new Uniform Probate Code. *Alabama Law Review*, v. 61, n. 2, 2010.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: las teorias y la practica. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

Data de recebimento: 14/09/2020

Data de aprovação: 28/10/2020

A SAÚDE ENTRE PARADIGMAS CIENTÍFICOS E NÃO CIENTÍFICOS: O CASO *FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA*

HEALTH BETWEEN SCIENTIFIC AND NON-SCIENTIFIC PARADIGMS: THE SYNTHETIC PHOSPHOETHANOLAMINE CASE

Janaína Machado Sturza*
Melina Macedo Bemfica**

RESUMO

Partindo de conceitos elaborados por Moacyr Scliar, na obra *Do mágico ao social*, o presente artigo tem como objetivo fomentar a reflexão acerca dos múltiplos olhares que circundam o direito à saúde, especialmente o campo da saúde pública, sob a perspectiva de retóricas científicas e não científicas. Tem como problema investigar em que medida as abordagens que escapam ao paradigma científico ainda ressonam nas vastas dimensões da saúde, ao ponto de serem capazes de influenciar acontecimentos relacionados à fosfoetanolamina sintética. Através de um estudo bibliográfico, seguindo o método hipotético dedutivo, verificou-se que muitos são os fatores que interferem nas questões relativas à saúde pública. Isso significa que apesar da centralidade do paradigma científico, demonstra-

* Pós-Doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela Unisc. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui), lecionando na Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do Comitê Gestor da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital 05/2019. E-mail: janasturza@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6189149330530912.

** Graduada em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduada em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília (UNB). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (MINTER Unijuí/Unesc). Professora no curso de Direito das Faculdades Integradas de Cacoal – Rondônia. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: melinabemfica@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0631373458538277.

do pelo longo caminho necessário para que um medicamento chegue às prateleiras e aos hospitais, é possível evidenciar que olhares não científicos contribuíram na possibilidade de utilização da fosfoetanolamina sintética nos tratamentos de neoplasia maligna.

Palavras-chave: Direito à saúde. Fosfoetanolamina Sintética. Neoplasia Maligna. Saúde Pública. Lei n. 13.269/16.

ABSTRACT

Starting from concepts elaborated by Moacyr Scliar, in the work From magical to social, this article aims to encourage reflection on the multiple perspectives that surround the right to health, especially in the field of public health, from the perspective of scientific and non-scientific rhetoric. scientific. Its problem is to investigate the extent to which approaches that escape the scientific paradigm still resonate in the vast dimensions of health, to the point of being able to influence events related to synthetic phosphoethanolamine. Through a bibliographic study, following the hypothetical deductive method, it was found that many are the factors that interfere in issues related to public health. This means that despite the centrality of the scientific paradigm, demonstrated by the long path required for a drug to reach the shelves and to hospitals, it is possible to show that non-scientific views contributed to the possibility of using synthetic phosphoethanolamine in the treatment of malignant neoplasms.

Keywords: Right to health. Synthetic phosphoethanolamine. Malignant neoplasm. Public health. Law n. 13,269/16.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da ciência, longe de representar um acontecimento simples, permitiu uma imensa evolução do campo da saúde. Apesar da grande quantidade de conhecimento acumulado, ainda é comum que ouçamos que frio causa gripe e que mulheres que amamentam não podem engravidar.

Traçando um panorama histórico sobre o tema, Scliar, em sua obra "Do Mágico ao Social"[1], esclarece que a saúde já foi observada a partir do ponto de vista mágico, empírico, autoritário, científico e social. A saúde pública, principalmente quando pensada a partir dos profissionais que atuam para sua manutenção, é fortemente influenciada pelo paradigma científico. Porém, olhares não científicos também exercem influência no campo saúde.

Assim, de tempos em tempos, é comum que se espalhe informação de que certos alimentos podem curar o câncer, ou que a ingestão de determinado chá é

[1] SCLIAR, Moacir. *Do mágico ao social:* trajetória da saúde pública. 2. ed. São Paulo: Senac, 2005.

essencial para curar a hipertensão. Recentemente, voltou a mídia[2] a questão da "pílula do câncer"[3] e a possiblidade de sua utilização para tratamentos de neoplasia maligna. Destarte, pretende-se investigar em que medida olhares que escapam ao paradigma científico ainda ressonam no campo da saúde e foram capazes de influenciar nos acontecimentos relacionados à fosfoetanolamina sintética.

Nesse sentido, o principal objetivo do presente trabalho é identificar os múltiplos olhares, em especial os olhares não científicos, que podem estar presentes nos acontecimentos ligados ao uso, produção e na demanda popular por distribuição da "pílula do câncer". Parece ser correto afirmar que fatos como a suposta eficácia milagrosa da substância, a aprovação da Lei n. 13.269/16[4] e a grande quantidade de medidas liminares obrigando o Estado a oferecer a fosfoetanolamina sintética, demonstram que a saúde ainda é influenciada por olhares que escapam ao que é considerado validado pelo conhecimento científico.

A fim de abordar a evolução histórica dos olhares sobre a saúde social, pretende-se analisar parte da obra de Moacyr Scliar. Com o fito de examinar os diversos olhares não científicos presentes no caso fosfoetanolamina sintética, realizar-se-á pesquisa documental e bibliográfica, seguindo o método hipotético dedutivo.

Apesar da centralidade do paradigma científico, traduzido pelo longo caminho necessário para que um medicamento possa ser comercializado, parece ser correto afirmar que olhares não científicos influenciaram fortemente as questões que cercam a possibilidade da utilização da fosfoetanolamina sintética nos tratamentos de câncer.

Saúde pública: da visão mágica ao olhar social

A dicotomia entre saúde e doença vem acompanhando a espécie humana desde seus primórdios. O primeiro conceito de saúde foi formulado na Grécia antiga a partir da máxima espartana de "*Mens Sana In Corpore Sano*, que significa: o equilíbrio do corpo e da mente humana em proporções harmoniosas"[5].

---

2 A partir de pronunciamentos do Presidente da República, foram publicadas reportagens com títulos como: Pílula do câncer: o que é e por que Bolsonaro quer liberar remédio vetado. A citada reportagem pode ser consultada em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/01/15/pilula-do-cancer-o-que-e-e-por-que-bolsonaro-quer-liberar-remedio-vetado.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 10 set. 2020.

3 UFC. *Fosfoetanolamina, a "pílula do câncer", começa a ser testada em humanos pela UFC*. Disponível em: <http://www.ufc.br/noticias/13120-fosfoetanolamina-a-pilula-do-cancer-comeca-a-ser-testada-em-humanos-pela-ufc>. Acesso em: 10 jul. 2020.

4 BRASIL. *Lei n. 13.269, de 13 de abril de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm. Acesso em 10 jul. 2020.

5 STURZA, Janaína Machado; LEVES, Aline Michele Pedron; CAVALHEIRO, Andressa Simmi. A saúde como um sistema social: do risco da inefetividade à judicialização excessiva em matéria de medicamentos. *Revista Jurídica Cesumar:* Maringá, v. 19, n. 2, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7088>. Acesso em: 08 ago. 2020.

Apesar da citada afirmação, o surgimento da saúde pública só foi possível quando a sociedade se tornou organizada suficiente para ser considerada um corpo, processo que ocorreu entre o final do século XVII e meados do século XIX. Com o fito de traçar um panorama histórico sobre o surgimento da saúde pública, Scliar[6] aponta olhares sobre o tema, quais sejam, os olhares mágico, empírico, autoritário, científico e social.

Em um primeiro momento, a saúde é olhada a partir do mágico. Ante a ausência de recursos científicos e tecnológicos, os povos antigos tinham dificuldade em estabelecer relações de causa e efeito. Nesse sentido, esses povos explicavam a doença dentro de uma concepção mágica. A doença é vista como originada do castigo divino, de demônios, espíritos malignos, maldições ou vodus. O doente necessita ser curado, e o responsável por administrar a cura é o feiticeiro, o xamã, o curandeiro, pajé ou figura equivalente[7].

Conforme explicita Lévi-Strauss[8] certas magias tem a eficácia de curar por três razões distintas: a primeira delas é a crença no feiticeiro e em suas técnicas. A segunda é a crença do doente em seu poder, e a terceira razão está na confiança e nas exigências da opinião coletiva, que formam à cada instante uma espécie de campo de gravitação no seio do qual se definem e se situam às relações entre o feiticeiro e aqueles que ele enfeitiça.

Aqueles que administram a magia oferecem aos seus pacientes a possibilidade de atingir o equilíbrio entre o corpo e a mente. Através da mediação entre o mundo físico e o mundo espiritual, o curandeiro intermedia a relação do homem com o sagrado em tempo que ajuda a dar sentido ao caos representado pela doença.

A realização de curas mágico-religiosas está presente no Brasil desde os tempos mais longínquos. Na visão de Inocêncio[9], essas práticas se mantem, nos dias atuais, de forma concomitante com a ciência médica, através da mediação realizada por benzedeiros, xamãs, raizeiros, médiuns, rezadores, pais e mães de santo, pajés.

Na Antiguidade Clássica se desenvolve um novo olhar sobre saúde e doença. Através de seu principal expoente, Hipócrates de Cós, nasce uma visão empírica da medicina. Os escritos atribuídos ao pai da Medicina ressaltam que a doença tem causa natural, além de trazerem a valorização da observação empírica[10].

---

6 SCLIAR, *op. cit.*

7 SCLIAR, *op. cit.*

8 LÉVI-STRAUSS, Claude. *O Feiticeiro e sua Magia*. Antropologia Estrutural II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

9 INOCÊNCIO, Doralice. Entre a ciência e a crença: a postura médica frente à "Cura Religiosa". *Âncora*, v. 3, nov. 2007. Disponível em: <http://www.revistaancora.com.br/revista_3/03.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020.

10 SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis*, Rio de Janeiro: v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 ago. 2020.

Apesar de saberem que o ambiente pode influenciar na saúde, nesse momento ainda não existe o conceito de saúde pública. Com o início da Idade Média, após a queda do Império Romano, ocorre um reflorescimento de práticas supersticiosas. Em razão do declínio da tradição de Hipócrates, o mundo medieval não estava preparado para lidar com a doença. Fatores como movimentos populacionais, pobreza, fome, falta de higiene e grande quantidade de conflitos militares faz surgir um ambiente propício para explosão de epidemias. Nesse período, o cristianismo explica a doença como oriunda do pecado e a cura como graça divina alcançada através do merecimento e da fé. Esse cenário começa a ser alterado no Renascimento, época em que a tradição grega ressurge[11].

A modernidade, momento em que surge o corpo social, traz à tona a intervenção do Estado na saúde através de um olhar autoritário. Nessa ocasião, surge o que Foucault[12] chama de medicina social, um saber que é usado como estratégia biopolítica voltada para o controle da sociedade através do corpo. A medicina de Estado surge na Alemanha, e sob a influência de ideias intervencionistas, desenvolve-se uma prática médica voltada a melhoria do nível de saúde da população. Nesse momento, o Estado alemão desenvolve um sistema completo de observação da morbidade, impõe a homogeneização dos saberes médicos, cria formas de controlar sua atuação em tempo que designa médicos para administrar a saúde de certa região.

Já no século XIX, com o desenvolvimento da ciência, principalmente da microbiologia, da epidemiologia e da estatística, a saúde passa a ser olhada através de um olhar científico. A partir desse momento, se torna mais fácil estabelecer a origem das doenças, possibilitado que elas sejam prevenidas, tratadas e curadas[13].

A partir da ideia de que a saúde é um problema coletivo, surge, no século XX, o olhar social sobre a saúde. Esse período é marcado pela criação de um conjunto de medidas sociais, como a criação de sistemas de saúde e previdência. Surge, já em 1948, o conceito de saúde como o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade[14].

Em seu conceito clássico, desenvolvido por Winslow[15], a saúde pública é vista como a ciência e a arte de prevenir doenças e prolongar a vida[16]. A saúde

---

11 SCLIAR, *op. cit.*, 2005.

12 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra, 2014.

13 SCLIAR, *op. cit.*, 2005.

14 SCLIAR, *op. cit.*, 2007.

15 WINSLOW, Charles-Edward Amory. The untilled fields of public health. *Science*, v. 51, n. 1306, p. 22- 33, 1920.

16 Public health is the science and the art of preventing disease, prolonging life, and promoting physical health and efficiency through organized community efforts for the sanitation of the environment, the control of community infections, the education of the individual in principles of personal hygiene, the organization of medical and nursing services for the early

entendida através do social deve levar em consideração a biologia humana, o estilo de vida, o meio ambiente e os sistemas de assistência à saúde. Nesse sentido, o cuidado com saúde deve ser analisado de forma ampla, sem olhar apenas a condição do indivíduo. A saúde pública, em tempo que promove um olhar holístico, é vista como essencial para melhorar, de forma geral, a saúde da população[17].

Sabendo da universalidade da doença e das mais diversas buscas pela cura, é possível afirmar que cada sociedade busca maneiras diferentes de lidar com cada uma dessas manifestações. Assim, saúde, cura e doença podem ser entendidas através de dois principais sistemas cognitivos: o mágico-religioso e o médico-científico[18].

> É bem conhecido que, ao longo da história de institucionalização das ciências médicas no Ocidente, estas foram se oficializando e afirmando à medida que contrariavam todas as práticas que hoje os menos aguerridos denominam de "alternativas". Já para os mais aguerridos, desde então e até hoje, todo conhecimento e toda prática medicinal que não se vejam comprometidos com a ritualística metodológica científica são mal tolerados, detratados e não raramente perseguidos pela oficialidade.

---

diagnosis and preventive treatment of disease, and the development of the social machinery which will ensure to every individual in the community a standard of modest duties which their task entails living adequate for the maintenance of health. "Saúde pública é a ciência e a arte de prevenir doenças, prolongar a vida e promover a saúde física e a eficiência por meio de esforços comunitários organizados para o saneamento do meio ambiente, o controle de infecções na comunidade, a educação do indivíduo nos princípios de higiene pessoal, o organização de serviços médicos e de enfermagem para o diagnóstico precoce e tratamento preventivo de doenças, e o desenvolvimento da máquina social que assegurará a cada indivíduo da comunidade um padrão de modestos deveres, cuja tarefa implica viver de maneira adequada à manutenção da saúde" (Tradução livre).

17 Conforme afirma Tulchinsky (2018), The Health Field Concept articulated in A New Perspective on the Health of Canadians (1974) was one of the most influential health policy documents of the 20th century. It was a working paper addressing the concepts of health and the basic principles as a basis for health policy, but it indicated and led to a wider approach to public health policy. It marked a change in the way to perceive and promote a holistic approach to health, moving from a predominantly biomedical focus in the mid-twentieth century toward a wider view, including the examination of determinants in each of four health fields: human biology, lifestyle, health care organization, and the environment. "O conceito de campo da saúde articulado em Uma nova perspectiva sobre a saúde dos canadenses (1974) foi um dos documentos de política de saúde mais influentes do século XX. Era um documento de trabalho que abordava os conceitos de saúde e os princípios básicos como base para a política de saúde, mas indicava e conduzia a uma abordagem mais ampla da política de saúde pública. Marcou uma mudança na maneira de perceber e promover uma abordagem holística da saúde, passando de um enfoque predominantemente biomédico em meados do século XX para uma visão mais ampla, incluindo o exame dos determinantes em cada um dos quatro campos da saúde: biologia humana, estilo de vida, organização de saúde e meio ambiente" (Tradução Livre).

18 MIGUEL, Jesús M. de. Introducción al campo de la Antropología Médica. *In:* KENNY, Michael; MIGUEL, Jesús M. de. *La Antropología Médica en España.* Barcelona: Anagrama, 1980.

> Geralmente, as terapêuticas cujas ontologias não se enquadram [...] nas determinações das corporações oficialmente estabelecidas (incluindo os órgãos reguladores e fiscalizadores de Estado) serão, conforme o caso, ou tomadas como inofensivas e "culturais" (tal como o "religioso" ou "espiritual" é aí concebido), ou como criminosas e perigosas para a saúde pública, devendo ser denunciadas como arcaísmo, superstição ou charlatanismo a ser extirpado das práticas correntes, especialmente se assumem, formal ou informalmente, algum caráter de prestação pública de serviços[19].

Conforme demonstrado por Scliar[20], saúde brasileira tem forte componente social. Olhando a quantidade de diplomas normativos que tratam de temas afetos ao campo da saúde, é possível concluir que o Estado brasileiro exerce forte papel em sua promoção e regulação. Conforme explicitado no texto constitucional, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Nesse sentido, a Constituição Federal aponta que as ações e serviços de saúde devem ser regulamentadas, fiscalizadas e controladas pelo poder público.

Criado com o objetivo de cumprir o mandamento constitucional, o Sistema Único de Saúde (SUS) é o responsável por cuidar da promoção, proteção e recuperação da saúde. Sua atuação é ampla e abarca desde assistência farmacêutica até a inspeção de alimentos. Em que pese o SUS oferecer certas práticas integrativas e complementares em saúde[21], a maior parte de sua atuação é baseada no paradigma científico moderno[22].

Conforme esclarece Kuhn[23], um paradigma pode ser definido como "uma constelação de crenças, valores e técnicas partilhadas pelos membros de uma determinada comunidade. Nesse sentido, o paradigma científico representa as "realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência". Insta salientar que os paradigmas científicos podem ser

---

19 VALENTE, Tania Cristina de Oliveira; DIAS, Davi James; MARRAS, Stelio Alessandro. Curas e terapêuticas espirituais no Brasil: revisão crítica e algumas reflexões. *Interface,* Botucatu, v. 23, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S14143283201900010030 1&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 ago. 2020.

20 SCLIAR, *op. cit*., 2005.

21 Conforme explica Telesi Júnior, as práticas integrativas são derivadas da medicina tradicional e englobam ações como "a medicina tradicional chinesa, a homeopatia, a medicina antroposófica, além de recursos terapêuticos como a fitoterapia, as práticas corporais e meditativas".

22 TELESI JUNIOR, Emílio. Práticas integrativas e complementares em saúde, uma nova eficácia para o SUS. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 30, n. 86, p. 99-112, abr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100099&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 jul. 2020.

23 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 13.

modificados, ou seja, quando um novo paradigma se estabelece, principalmente nas ciências exatas, o paradigma anterior vai desaparecendo de forma lenta.

Levando em consideração a amplitude da intervenção estatal no campo da saúde, é importante destacar que o Estado exerce o papel de controlar e validar as ações de saúde consideradas compatíveis com os paradigmas científicos. Nesse sentido, conforme esclarece o Ministério da Saúde[24], a utilização de um tratamento médico deve ser baseada em evidência científica e considerar critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade das tecnologias recomendadas.

O olhar estatal sobre a saúde, a doença e a cura, é majoritariamente baseado no paradigma científico. Apesar do conhecimento científico estar sempre em processo de evolução, as visões mágicas, empíricas e autoritárias ainda ecoam na saúde pública. Assim, é possível afirmar que um novo olhar sobre os citados temas não tem o condão de eliminar o olhar anterior. Conforme esclarece Valente *et al.*,[25] temas como a religiosidade/espiritualidade tem papel primordial na compreensão e enfrentamento de questões relacionadas à saúde e à doença.

A distinção entre científico e não científico norteia as ações relativas à saúde pública no Brasil. As práticas baseadas nos paradigmas científicos são chanceladas pelo sistema de saúde e utilizadas como forma de cura e de tratamento. Já as práticas que não passaram pelo filtro da pesquisa científica, mesmo que amplamente utilizadas pela população, são excluídas da saúde pública "oficial"[26].

Assim, grande parte dos destinatários da "medicina baseada em evidências"[27] também recorrem aos meios de cura ainda não validados como cientificamente eficazes. Com o fito de recuperarem sua saúde, as pessoas fazem uso de métodos chancelados pela ciência moderna somados com práticas tradicionais como as rezas, ervas, garrafadas e benzeções[28].

Nesse sentido, é possível afirmar que a saúde pública brasileira traz uma miscelânea de atuações voltadas para a cura ou para recuperação da saúde. Apesar do foco do Sistema estar nas práticas baseadas em evidências científicas, por vezes a definição sobre quais conhecimentos devem nortear a busca pela cura é permeável por saberes diversos, como ocorreu no caso fosfoetanolamina sintética, pílula "mágica" que supostamente seria capaz de curar o câncer.

---

[24] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. *Entendendo a Incorporação de Tecnologias em Saúde no SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Guia_EnvolvimentoATS_web.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

[25] VALENTE *et al., op. cit.*

[26] VALENTE *et al., op. cit.*

[27] Conforme explica Lopes (2000) a "MBE se traduz pela prática da medicina em um contexto em que a experiência clínica é integrada com a capacidade de analisar criticamente e aplicar de forma racional a informação científica de forma a melhorar a qualidade da assistência médica".

[28] VALENTE *et al., op. cit.*

A saúde vista a partir do paradigma científico atual e o processo de disponibilização de medicamentos

Para que um medicamento seja considerado, do ponto de vista científico, como capaz de curar ou tratar patologias, é necessário que percorra um longo caminho. No Brasil, é considerado medicamento "produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico". Em regra, todos os medicamentos comercializados no território nacional precisam estar registrados na Anvisa[29], responsável por "normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde"[30].

O desenvolvimento de um medicamento passa, sucessivamente, pelas fases experimental, clínica e de registro. Na fase experimental, a molécula que poderá se tornar um medicamento é testada em laboratório, com uso de células e de animais, com o fito de determinar se é minimamente eficaz e seguro para ser testada em seres humanos[31].

Já na fase clínica, dividida em quatro partes, o medicamento começa a ser testado em seres humanos. A primeira fase analisa, em um pequeno número de voluntários sadios, a segurança do medicamento. Já na segunda fase o medicamento é testado em um maior número de voluntários, analisando sua eficácia e segurança. Superadas as outras etapas, a terceira fase amplia o estudo para um número ainda maior de pacientes, realizado estudos ampliados com o fito de determinar os riscos e benefícios do tratamento[32].

Em regra, o medicamento tem o pedido de registro realizado na Anvisa em sua terceira fase clínica. O pedido de registro, regulamentado pela RDC n. 200, de 26 de dezembro de 2017, deve juntar, entre outros documentos, relatórios que comprovem a eficácia, a qualidade e a segurança do medicamento a ser registrado. Após a concessão do registro, o medicamento pode ser disponibilizado para comercialização. Depois da entrada do medicamento no mercado, será realizada a quarta fase

---

29 Na forma da RDC n. 81, de 5 de novembro de 2008, é possível, excepcionalmente, importar medicamento ainda não registrado pela Anvisa.

30 Art. 4º – Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos: II – Medicamento – produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico; Lei n. 5.991, 17 dez. 1973.

Art. 2º Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária: III – normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde; Lei n. 9.782, 26 jan. 1999.

31 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/pesquisa/ensaios-clinicos/fases-desenvolvimento-um-novo-medicamento>. Acesso em 29 set. 2020.

32 QUENTAL, Cristiane; FILHO, Salles. Ensaios clínicos: capacitação nacional para avaliação de medicamentos e vacinas. *Rev. Bras. Epidemiol*, v. 9, n. 4, p. 408-424, 2006.

clínica, a farmacovigilância. Nesse momento, será acompanhado o desempenho do medicamento em larga escala, e serão avaliados e monitorados possíveis efeitos adversos, garantindo que sua utilização cause mais benefício que prejuízo[33].

O registro de um medicamento representa a chancela da vigilância sanitária em relação ao cumprimento de requisitos mínimos de segurança e de eficácia. A partir desse momento, o fabricante pode comercializá-lo em todo território nacional, o que não significa que seu fornecimento será realizado pelo SUS. Para que um medicamento seja disponibilizado na rede, ainda será necessário considerar outros fatores[34].

A incorporação de novas tecnologias ao sistema de saúde é realizada pelo Ministério da Saúde, com auxílio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) – especialmente no caso de medicamentos, a incorporação na RENAME deve também propiciar a decisão sobre a natureza do medicamento (componente básico, estratégico ou especializado, bem como a decisão da comissão intergestores tripartite para aquisição e posterior distribuição). Assim, quando surge um novo medicamento, depois de seu registro na Anvisa, é possível que qualquer pessoa física ou jurídica requeira sua inclusão no SUS. O Conselho, além de avaliar a segurança e a eficácia do medicamento, irá avaliar seu custo-benefício, pensando no impacto que a nova tecnologia poderá causar aos cofres públicos:

> Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (...) § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; II – a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível[35].

---

[33] BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/pesquisa/ensaios-clinicos/fases-desenvolvimento-um-novo-medicamento>. Acesso em 29 set. 2020.

[34] NOVARETTI, Márcia Cristina Zago; PISCOPO, Marcos Roberto; AQUINO,Simone. Medicamentos antineoplásicos e a Anvisa: o caso lenalidomida. *Revista de Administração Hospitalar*, Belo Horizonte, v. 10, n. 3, p. 44-60, 2013. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/rahis/article/view/2087>. Acesso em: 10 jul. 2020.

[35] BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

Conforme esclarecimento do Ministério da Saúde[36], ao avaliar um medicamento, as autoridades[37] realizam "processo multidisciplinar que resume informações sobre as questões clínicas, sociais, econômicas éticas e organizacionais relacionadas ao uso da tecnologia em saúde".

Após analisar o medicamento e elaborar relatório preliminar, o CONITEC submete o tema a consulta pública. Após a consulta, forma-se um parecer técnico, que será entregue ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde (SCTIE), autoridade responsável por decidir se a tecnologia será incorporada ao SUS[38].

Caso se decida pela incorporação, após a publicada no Diário Oficial da União, a tecnologia deve ser disponibilizada em um prazo de 180 dias. Os medicamentos incorporados ao Sistema Público de Saúde passam a compor a RENAME, Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, lista usada como guia para que os colaboradores e os pacientes saibam o que está disponível no SUS. Caso decida pela não incorporação da tecnologia, caberá recurso ao Ministro da Saúde[39].

O longo processo para registro e de incorporação de um novo medicamento ao SUS tem como objetivo último garantir a segurança dos usuários e racionalidade na aplicação dos recursos públicos. Apesar da existência desses mecanismos, nem sempre a disponibilização de pílulas ocorre dentro do procedimento previsto, como ocorreu no caso da fosfoetanolamina sintética, composto distribuído durante anos sem passar nem mesmo pela fase de registro.

Conforme esclarecem Castro e Almeida[40], a fosfoetanolamina sintética é substância que começou a ser sintetizada no laboratório do Instituto de

---

36 BRASIL, *op. cit.*, 2016, p. 9.

37 Conselho é formado pela Secretaria Executiva e pelo plenário. O plenário, na forma do Decreto n. 7.646, art. 7º: O Plenário da CONITEC é composto de treze membros, com direito a voto, representantes dos seguintes órgãos e entidades, indicados pelos seus dirigentes: I – do Ministério da Saúde: a) Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, que o presidirá; b) Secretaria-Executiva; c) Secretaria Especial de Saúde Indígena; d) Secretaria de Atenção à Saúde; e) Secretaria de Vigilância em Saúde; f) Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa; e g) Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde; II – da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; III – da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa; IV – do Conselho Nacional de Saúde – CNS; V – do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS; VI – do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde – CONASEMS; e VII – do Conselho Federal de Medicina – CFM, especialista na área nos termos do § 1º do art. 19-Q da Lei n. 8.080, de 1990.

38 Confira os dispositivos pertinentes do Decreto n. 7.646/2011: art. 17 e 19.

39 Confira os dispositivos pertinentes do Decreto n. 7.646/2011, quais sejam, art. 23, 25 e 26.

40 CASTRO, Rosana; ALMEIDA, Rafael Antunes. Testemunho, evidência e risco: reflexões sobre o caso da fosfoetanolamina sintética. *Anuário Antropológico*, v. 42, n. 1, jan.-jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6192>. Acesso em: 29 set. 2020.

Química de São Carlos (IQSC), sob a coordenação do químico Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, vinculado à Universidade de São Paulo (USP). Após testes laboratoriais apontarem a existência de propriedades antitumorais, a pílula passou a ser distribuída no Hospital Amaral Carvalho, responsável pela condução dos ensaios clínicos com a substância.

Com o fim do breve convênio com o Hospital, as pessoas que recebiam o medicamento recorreram ao IQSC para continuarem seu tratamento. Os pesquisadores do IQSC distribuíram a substância por aproximadamente 20 (vinte) anos, quando em 2014, é emitida a IQSC 1.389/2014, responsável por suspender a distribuição da cápsula:

> A portaria, emitida em junho de 2014 pela diretoria do IQSC, segundo declaração postada em sua página na internet, estabelece que substâncias farmacêuticas e a ns "só poderão ser produzidas e distribuídas pelos pesquisadores do IQSC mediante a prévia apresentação das devidas licenças e registros expedidos pelos órgãos competentes determinados na legislação (Ministério da Saúde[41] e Anvisa)" (USP, 2014)[42]. O documento acrescenta que a distribuição de substâncias farmacêuticas estaria, a partir de então, condicionada à apresentação de tais autorizações sanitárias e à aprovação suplementar da Diretoria do Instituto. Esta determinação foi o moto para que os usuários da fosfoetanolamina precisassem recorrer à Justiça de São Paulo para ter acesso às cápsulas[43].

Após a suspensão na distribuição das pílulas, os pacientes que estavam realizando o tratamento recorreram ao Poder Judiciário para que a Universidade de São Paulo fosse obrigada a manter a produção e o fornecimento da fosfoetanolamina sintética. Com a divulgação midiática do caso, também surgiram demandas de pacientes que ainda não realizavam o tratamento. A polêmica sobre a substância acabou por gerar diversas decisões judiciais favoráveis aos pacientes e até mesmo a aprovação da Lei n. 13.269/2016, um dos elementos que demonstra que o paradigma científico nem sempre é o definidor de todas as intervenções na saúde[44]. Nesse sentido, é mister destacar que a importante controvérsia pertinente à obrigatoriedade de o Estado fornecer (ou não) medicamento não registrado na Anvisa, perante o direito constitucional à saúde, teve sua Repercussão Geral reconhecida desde 17 de novembro de 2011 pelo Supremo Tribunal Federal,

---

41 BRASIL. Ministério da Saúde. *Protocolos e Diretrizes*. 2016. Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/protocolos-e-diretrizes>. Acesso em: 15 jul. 2020.

42 USP. *USP divulga comunicado sobre a substância fosfoetanolamina* Disponível em: <https://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

43 CASTRO e ALMEIDA, *op. cit.*

44 CASTRO e ALMEIDA, *op. cit.*

porém, somente na sessão plenária realizada em 22 maio de 2019, foi julgado o Tema n. 500, que trata do dever do Estado em fornecer medicamento não registrado pela Anvisa[45].

Por fim, importante se faz mencionar que em 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009), o qual culminou na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ, que traçou diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde. Este Fórum é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 8 de 2 de fevereiro de 2016) e constituído por Comitês Estaduais de Saúde. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução n. 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução n. 107. O Fórum da Saúde também atua na saúde suplementar e nas ações resultantes das relações de consumo[46].

Portanto, na polêmica que envolve o tema sobre o uso e dispensação da fosfoenolamina restará sempre um cenário de enfrentamento no qual a articulação sobre a incorporação ou dispensação deste medicamento junto ao SUS não pode se furtar de destacar o importante papel do CNJ, dos Comitês Estaduais de Saúde e do Tema n. 500.

O olhar não científico sobre a saúde e a fosfoetanolamina sintética

Conforme citado anteriormente, com a decisão da USP de suspender a distribuição da "pílula do câncer", surgiram milhares de demandas judiciais com desiderato de garantir o acesso à fosfoetanolamina sintética. Os juízes de primeira instância concederam várias medidas liminares, obrigando o laboratório de química da Universidade de São Paulo a fornecer o "medicamento"[47].

Nesse giro, houve a concessão de múltiplas medidas liminares para garantir acesso a uma substância sem registro na Anvisa, e ainda não testada em seres

---

45 SANTOS, Ana Paula Ferreira dos. O fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa pelo poder público por força de decisão judicial após o julgamento do Tema 500 pelo Supremo Tribunal Federal. *CIADS*. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/564. Acesso em: 16 nov. 2020.

46 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Informações disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude-2/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

47 Em pesquisa livre, realizada no banco de sentenças disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 5 de agosto de 2020, a palavra fosfoetanolamina retornou 4.375 resultados.

humanos. Devido a ausência de certeza sobre sua segurança e eficácia, a fosfoetanolamina sintética não possui elementos considerados essenciais, como uma bula ou posologia recomendada[48].

Ante a quantidade de demandas, em 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo suspendeu o efeito de todas as medidas liminares no Agravo Regimental 2205847-43.2015.8.26.0000:

> (...) irresponsável, portanto, a liberação de substância sintetizada em laboratório, denominada fosfoetanolamina, que não é medicamento aprovado e que vem sendo utilizada sem um mínimo de rigor científico e sem critério por pacientes de câncer que relatam melhora genérica em seus quadros clínicos, porque não foram realizadas pesquisas exaurientes pelas comunidades científicas internacional e nacional que permitam estabelecer uma correlação segura e indubitável entre seu uso e a hipotética evolução relatada. E não pode o Poder Judiciário, em razão de tantas lacunas científicas e éticas, permitir que substância de duvidosa eficácia e de desconhecida toxicidade seja distribuída indiscriminadamente. (...)[49]

Ainda em 2015, no julgamento da medida cautelar na Petição n. 5.828, o Min. Edson Fachim reforma decisão proferida pelo TJSP, afirmando pela possibilidade de concessão da fosfoetanolamina sintética mesmo sem o registro da Anvisa. Interessante observar que uma das decisões judiciais discutidas na Petição n. 5.828, definiu que "fosse disponibilizada a substância em quantidade suficiente para garantir o seu tratamento, que deverá ser indicada pelo Instituto de Química, responsável pela pesquisa"[50].

---

48 ANASTACIO, Lucas de Barros *et al*. Synthetic phosphoethanolamine: the state of the art of scientific production. *Brazilian Journal of Pharmaceutical Sciences*. São Paulo, v. 53, n. 4, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-82502017000400402&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 ago. 2020.

49 BRASIL. VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO CARLOS. Processo número: 1011049-84.2014.8.26.0566. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?cdProcesso=FQ0000POK0000&cdForo=566&cdDoc=7948988&cdServico=800000&tpOrigem=2&flOrigem=P&nmAlias=PG5ARQA&ticket=u6wyX3vUGJRpEfQlBeEv3so7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvZLea1CvYti3MJpYlX6VSi5Elur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7flGRkiQ6YRolbKx32Y4mmPahPt6QlofTXd7jYq7Raaf1fGZQ3Rxt%2Fw%2BHhTQn632wTC9qDSzRC%2FoL1%2Bl1BLLHO02C57cG82A6FVE%2FZkw%3D%3D>. Acesso em: 06 ago. 2020.

50 Confira trechos da decisão proferida pelo Min. Edson Fachim na Pet 5.828: (...) Em sua petição, a requerente afirma estar em fase terminal de moléstia grave (...) Para garantir o acesso à medicação, porquanto o medicamento não possui registro no órgão competente, interpôs ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, perante a Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Carlos. A antecipação foi deferida, para determinar que, no prazo de cinco dias, fosse disponibilizada a substância em quantidade suficiente para garantir o seu tratamento, que deverá ser indicada pelo Instituto de Química,

Ante a controvérsia judicial sobre uso da fosfoetanolamina sintética, foi aprovada a Lei n. 13.269/2016. O diploma excepcionou os procedimentos já previstos na legislação sanitária, autorizando que os pacientes diagnosticados com câncer utilizassem a substância, desde que decidissem fazê-lo de forma livre:

> Art. 1º Esta Lei autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Art. 2º Poderão fazer uso da fosfoetanolamina sintética, por livre escolha, pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes: I – laudo médico que comprove o diagnóstico; II – assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal. Parágrafo único. A opção pelo uso voluntário da fosfoetanolamina sintética não exclui o direito de acesso a outras modalidades terapêuticas. Art. 3º Fica definido como de relevância pública o uso da fosfoetanolamina sintética nos termos desta Lei. Art. 4º Ficam permitidos a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância. Parágrafo único. A produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação da fosfoetanolamina sintética somente são permitidas para agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente[51].

Após a aprovação da Lei, a Associação Médica Brasileira, entendendo pela sua inconstitucionalidade, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em decisão cautelar, o Tribunal entendeu pela necessidade de suspender a eficácia da Lei n. 13.269/2016 até a decisão final da ADI 5.501:

> Ao suspender a exigibilidade de registro sanitário da fosfoetanolamina sintética, o ato atacado discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos – artigo 196 da Constituição Federal. [...] A esperança depositada pela sociedade nos medicamentos, especialmente naqueles

---

responsável pela pesquisa, que já forneceu a inúmeros pacientes. (...) No que tange à plausibilidade, há que se registrar que o fundamento invocado pela decisão recorrida refere-se apenas à ausência de registro na Anvisa da substância requerida pela peticionante. A ausência de registro, no entanto, não implica, necessariamente, lesão à ordem púbica, especialmente se considerado que o tema pende de análise por este Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral.

[51] BRASIL. *Lei n. 13.269, de 13 de abril de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

> destinados ao tratamento de doenças como o câncer, não pode se distanciar da ciência.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5.501 ainda não chegou ao seu desfecho. Apesar da suspensão cautelar da eficácia da Lei n. 13.269/2016, o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu, de forma definitiva, se o diploma normativo é compatível com a Constituição Federal de 1988.

Conforme esclarece Scliar[52], a saúde pública atual, apesar dos seus processos de modificação, ainda conserva componentes empíricos, e até mesmo mágicos. Assim, "o carisma de um médico que faz uma cirurgia cardíaca, por exemplo, envolve-o em uma aura quase mítica". Nesse diapasão, é possível afirmar que apesar da centralidade da ciência, a esfera da saúde também sofre intervenções que se afastam dos olhares científicos.

Conforme explicitado anteriormente, a tríade saúde, cura e doença pode ser entendida através de diferentes olhares. Nesse sentido, é mister reafirmar que o caso fosfoetanolamina sintética traz elementos que se aproximam e que se afastam do paradigma científico, ou seja, o caso lembra olhares não científicos sobre a saúde, principalmente os olhares mágicos e empíricos[53].

Em um primeiro momento, conforme esclarece Monari[54], a substância, antes desconhecida, passou a ser retratada como uma pílula com efeitos supostamente milagrosos, capaz de curar todos os tipos de câncer. A notoriedade que a mídia deu ao caso e a ênfase das reportagens na suposta cura do câncer, fez com que a pílula ficasse conhecida em todo Brasil.

Com a cobertura midiática e com os grupos de ativismo online, que relatavam recuperações milagrosas após o uso da fosfoetanolamina sintética, a substância se tornou a grande esperança dos pacientes com câncer. A partir da divulgação do caso nos grandes veículos de comunicação, os pedidos judiciais, antes concentrados em São Paulo, se espalharam por todo o Brasil[55].

A concessão de liminares para garantir o fornecimento de uma substância que foge aos padrões definidos pela legislação sanitária demonstra um primeiro afastamento do paradigma científico. Apesar do conteúdo das Leis ns. 6.360/76, 5.991/73 e 9.782/99 ser baseado na importância do método científico, as decisões

---

52 SCLIAR, *op. cit.*

53 Conforme a obra de Sciliar (2005) a saúde passa a ser observada a partir a partir do paradigma científico no século XIX. Os olhares anteriores, quais sejam, o olhar mágico, o autoritário e o empírico não são considerados científicos. Nesse sentido, o presente trabalha trata como olhar não científico os olhares que se aproximam da magia, do empirismo e do autoritarismo.

54 MONARI, Ana Carolina Pontalti. *O "milagre" da pílula:* os efeitos da mídia na opinião pública sobre o caso da fosfoetanolamina sintética. Dissertação (Mestrado), 2019. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/183497>. Acesso em: 29 set. 2020.

55 MONARI, *op. cit.*

judiciais concessivas da fosfoetanolamina sintética entenderam outros valores como mais importantes, por exemplo[56]:

> Ademais, a questão é bem mais ampla do que o debate travado. Trata-se de garantir o direito humano à vida, bem maior consagrado pela Constituição Federal, como ícone da dignidade da pessoa humana. Não bastasse isso, há também o direito à saúde, garantido constitucionalmente, sendo dever do Estado, através de suas entidades públicas (administração direta e indireta) a sua garantia[57].

Com o fito de pensar o elemento mágico no caso da fosfoetanolamina sintética, é necessário refletir sobre a forma em que a população trata a doença e as curas. Conforme já citado anteriormente, os sistemas de cura, baseados em elementos mágicos, tem grande importância na cultura brasileira. Nesse sentido, apesar das intervenções na saúde pública serem realizadas com apoio na medicina baseada em evidências, a população brasileira, em geral, alia os métodos científicos com as curas mágicas[58].

Os pacientes diagnosticados com câncer, além do sofrimento físico, precisam suportar elevada carga emocional relacionada aos efeitos da doença e seu prognóstico. Nesse cenário, a fosfoetanolamina sintética surgiu como um "medicamento" supostamente apto a mudar a vida do doente. A partir da disseminação de informações sobre a substância, espalhou-se a ideia de que existiria um remédio mágico que supostamente curaria todos os tipos de câncer[59].

Destarte, os pacientes receberam a oferta de uma cura mágica advinda de "local" científico. Isso significa que a pílula aliou os dois sistemas de cura mais importantes na saúde brasileira: o científico e o mágico. O caso trouxe elementos mágicos quando olhado a partir da disseminação do rumor de que a pílula operaria como um "milagre". Já os elementos científicos foram trazidos pelo fato da substância ter sido distribuída por pesquisadores, na forma de comprimido e dentro do ambiente universitário.

---

56 ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; SANTOS, Alethele Oliveira. Lei n. 13.269/2016: a comoção da sociedade vence o método científico! *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 6, e00070116, 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000600301&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 ago. 2020

57 BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Pet 5.828. 2015 Relator Min. Edson Fachim. DJe 7 out. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308695000&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

58 VALENTE, *op. cit.*

59 GOPALAN, Mohan Roy; KARUNAKARAN, Vidhukumar; PRABHAKARAN, Anil; JAYAKUMAR, Krishnannair Lalithamma Jayakumar. Prevalence of psychiatric morbidity among cancer patients – hospital-based, cross-sectional survey. *Indian J Psychiatry*, 2016; n. 58, p. 275-280. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5100118/>. Acesso em: 02 ago. 2020.

Além dos elementos mágicos, o caso fosfoetanolamina sintética também reproduz um olhar empírico sobre a saúde. Esse olhar está presente na dificuldade em encontrar uma relação de causa e efeito entre a cura do câncer e o uso da substância. Isso significa que, a partir do paradigma científico atual, não existem estudos conclusivos sobre a eficácia da substância em seres humanos. Ainda não se sabe, a partir de critérios científicos seguros, quais são seus efeitos, qual a dose segura, e quais tipos de câncer ela é capaz de tratar[60].

A procura pela fosfoetanolamina sintética também foi baseada em conhecimentos empíricos, tais quais os depoimentos de pessoas supostamente curadas e os pronunciamentos da equipe responsável por sintetizar a substância. Em certo momento, chegou-se a afirmar que a fosfoamina está aí, à disposição, para quem quiser curar câncer[61].

É possível encontrar diversas declarações de pacientes que defendem a eficácia terapêutica da substância. Nesse giro, existem relatos de pessoas que alegam ter sido curadas ou afirmam uma sensível melhora sua qualidade de vida após o uso da pílula. Esses depoimentos e a pressão da sociedade pela liberação do medicamento, acabaram por interferir em um processo que, na maioria das vezes, é realizado de forma apartada da opinião pública[62].

A disseminação da ideia de que a fosfoetanolamina sintética é uma "pílula milagrosa" ignora diversos aspectos da doença que comumente agrupamos com o nome "câncer". Interessa salientar que a neoplasia maligna é uma comorbidade complexa, razão pela qual é altamente improvável que uma substância, sozinha, cure todos suas manifestações[63].

A distribuição e produção da fosfoetanolamina sintética também se afastam do rigor do paradigma científico. Isso porque, a pílula foi oferecida durante anos sem nenhum tipo de controle de qualidade. Além disso, a substância foi majoritariamente produzida no laboratório do IQSC, ambiente que foge do padrão previsto pelas autoridades sanitárias:

> Situation in Brazil is more extreme. A university laboratory is neither a pharmaceutical plant nor a pharmacy; it is not required to follow good manufacturing protocols. There is no oversight to certify what is going

---

60 TEODORO, Cristiane Roberta dos Santos; CAETANO, Rosângela. O caso da fosfoetanolamina sintética e a preocupante flexibilização das normas sanitárias no Brasil. Rio de Janeiro: *Physis*, n. 26, v. 3, jul.-set. 2016. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/physis/2016.v26n3/741-746/pt/#>. Acesso em: 08 ago. 2020.

61 A afirmação foi realizada pelo Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, químico responsável pela sintetização da fosfoetanolamina sintética, em entrevista ao G1 de São Carlos e Araraquara. Disponível para consulta em: http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/08/pesquisador-acredita-que-substancia-desenvolvida-na-usp-cura-o-cancer.html

62 CASTRO e ALMEIDA, *op. cit.*

63 MONARI, *op. cit.*

> into the blue-and-white phosphoethanolamine capsules produced at the University of São Paulo. Neither the compound's side effects nor its efficacy are systematically monitored[64].

Além das questões já citadas anteriormente, a distribuição da fosfoetanolamina sintética se afasta do paradigma científico quando a discussão sobre a possibilidade de seu uso é deslocada do ambiente científico para os poderes Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, os parlamentares e os juízes, apesar de sua inegável importância dentro da estrutura do Estado, não estão, na maioria das vezes, equipados com o conhecimento técnico necessário para avaliar todas as questões que envolvem a segurança e a eficácia de uma substância.

Na visão de Teodoro e Caetano[65], a utilização da pílula antes de testes conclusivos sobre sua eficácia e segurança acaba por enfraquecer as normas sanitárias e colocar em risco todo o sistema de regulação sanitária, fortemente baseado nas necessidades de evidências científicas. Assim,

> Em que pese o lado humanístico que envolve o tema, a Lei n. 13.269/2016 desconsiderou as ferramentas científicas – pesquisas clínicas – que são amplamente utilizadas para a comprovação da qualidade, segurança e eficácia dos medicamentos que são disponibilizados aos cidadãos. Ademais, também desorganizou o sistema regulatório de saúde nacional ao rechaçar a legislação já consolidada que versa sobre vigilância sanitária e registro de medicamento inovando juridicamente, mas sem a devida segurança científica (ALVES *et al*., 2016, p. 1)[66].

Interessa observar que, apesar várias intervenções na saúde pública estarem baseadas no paradigma científico, esse nem sempre é conhecido por todas as pessoas. Assim, é natural que pessoas exteriores a uma determinada comunidade científica não possuam conhecimento sobre seus conceitos e avanços. Uma médica oncologista, por exemplo, conhece o paradigma da medicina oncológica, já um juiz, em regra, conhecerá os paradigmas das ciências sociais[67].

---

64 NATURE. *Drugs on demand Controversy in Brazil over access to a purported cancer cure could set a harmful precedent*. London: Macmillan, 2015, v. 527, p. 410. Disponível em: <https://www.nature.com/news/drugs-on-demand-1.18873>. Acesso em: 2 ago. 2020. "Situação no Brasil é mais extrema. Um laboratório universitário não é uma planta farmacêutica nem uma farmácia; não é necessário seguir bons protocolos de fabricação. Não há fiscalização para certificar o que entra nas cápsulas de fosfoetanolamina azuis e brancas produzidas na Universidade de São Paulo. Nem os efeitos colaterais do composto nem sua eficácia são sistematicamente monitorados" (Tradução Livre).

65 TEODORO e CAETANO, *op. cit.*

66 ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; SANTOS, Alethele Oliveira. Lei n. 13.269/2016: a comoção da sociedade vence o método científico! *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 6, e00070116, 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000600301&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 ago. 2020

67 KUHN, *op. cit*.

Apesar do conceito de saúde pública incluir elementos científicos, nem sempre esses conceitos são dominados por todos os atores. Dessa maneira, é mister lembrar que existem diversos fatores que condicionam a ação[68], ou seja, o agente que influencia o sistema de saúde, mesmo que esteja inserido em uma comunidade científica, nem sempre será condicionado pela racionalidade dos paradigmas científicos.

Em resumo, apesar da importância do olhar científico sobre a saúde pública, isso não significa que toda ação que interfere na esfera da saúde será guiada por paradigmas científicos. No caso do uso e da produção da fosfoetanolamina sintética, os atores também interferiram na saúde pública norteados por concepções que escapam ao que é considerado um olhar científico.

Por fim, necessário citar que a despeito de toda a controvérsia envolvida na utilização da fosfoetanolamina sintética, essa questão está longe de ser superada. Além das ações ainda intentadas por pessoas que desejam utilizar a pílula[69], ainda estão sendo realizadas pesquisas para verificar sua possível eficácia no tratamento da neoplasia maligna. Dessarte, a fosfoetanolamina sintética ainda é avaliada por olhares científicos e não científicos[70].

CONCLUSÃO

Ao longo da história, a saúde foi interpretada a partir de diversos olhares, quais sejam, os olhares mágicos, empíricos, autoritários, científicos e sociais. Quando um olhar passa a predominar, isso não significa dizer que os anteriores foram extintos. Assim, apesar da importância do conhecimento validado pelos paradigmas científicos, a ciência não é o único elemento que guia as relações que ocorrem no sistema de saúde – ainda que nutra o patamar de ser o mais importante e fundamental condutor de todas as ações e estratégias em saúde, afinal, não é possível estabelecer fundamentos seguros de conexão entre saúde, vida e doença sem os paradigmas científicos.

Um medicamento, em regra, para que seja comercializado e possivelmente disponibilizado no SUS, vai passar por um longo processo de pesquisa, avaliando sua eficácia e sua segurança. Porém, no caso da fosfoetanolamina sintética,

---

68 Para o presente estudo, o conceito de ação é o de Weber (2002), para quem a ação social é "aquela cujo sentido pensado pelo sujeito ou sujeitos é referido ao comportamento dos outros, orientando-se por ele o seu comportamento". Nesse sentido, a ação humana pode ser racional ou irracional. As ações irracionais são baseadas na tradição e na afetividade. Já as ações racionais podem ser relacionadas aos fins e aos valores.

69 Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo é possível encontrar diversas ações distribuídas no ano de 2019 e julgadas em 2020. A propósito, confira-se o resultado do processo n. 1005227-85.2020.8.26.0152.

70 Conforme informações do sítio eletrônico da Universidade Federal do Ceará, iniciaram-se os testes da pílula em voluntários sadios com o objetivo de verificar possíveis efeitos colaterais.

uma substância que se enquadraria no conceito legal de medicamento foi distribuída sem cumprir com os procedimentos legalmente previstos.

As polêmicas que acompanham a "pílula do câncer" apontam que olhares externos ao paradigma científico também influenciam a saúde pública brasileira. Nesse sentido, elementos como a falta de comprovação da eficácia e segurança do medicamento; o olhar mágico sobre seus efeitos; a concessão de medidas liminares obrigando o poder público a disponibilizá-lo e a aprovação da Lei n. 13.269/2016, demostram a possibilidade de outros olhares sobre a saúde pública, mas que, de forma alguma, podem sobrepor-se às evidências científicas.

Mister finalizar ressaltando que o objetivo do presente trabalho não foi tecer nenhum tipo de crítica aos olhares não científicos sobre a saúde pública, e nem sobre a eficácia do medicamento, e sim ressaltar a presença destes olhares em um ambiente amplamente influenciado pela ciência e pelos cientistas. O caso fosfoetanolamina sintética é capaz de demonstrar como diversas formas de conhecimento convivem e intervêm na saúde da população – mas que, ao fim e a cabo, jamais poderão sobrepujar os paradigmas científicos que conduzem e produzem a necessária segurança à saúde pública no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANASTACIO, Lucas de Barros *et al.* Synthetic phosphoethanolamine: the state of the art of scientific production. *Brazilian Journal of Pharmaceutical Sciences.* São Paulo, v. 53, n. 4, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-82502017000400402&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 ago. 2020.

ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; SANTOS, Alethele Oliveira. Lei n. 13.269/2016: a comoção da sociedade vence o método científico! *Cadernos de Saúde Pública,* Rio de Janeiro, v. 32, n. 6, e00070116, 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000600301&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 ago. 2020

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/pesquisa/ensaios-clinicos/fases-desenvolvimento-um-novo-medicamento>. Acesso em 29 de set. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Protocolos e Diretrize*s, 2016. Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/protocolos-e-diretrizes>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Pet 5.828. 2015 Relator Min. Edson Fachim. DJe 7 out. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308695000&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Carlos. Processo n. 1011049-84.2014.8.26.0566. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?cdProcesso=FQ0000POK0000&cdForo=566&cdDoc=7948988&cdServico=

800000&tpOrigem=2&flOrigem=P&nmAlias=PG5ARQA&ticket=u6wyX3vUGJRpEfQlBeEv3so7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvZLea1CvYti3MJpYlX6VSi5Elur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7flGRkiQ6YRolbKx32Y4mmPahPt6QlofTXd7jYq7Raaf1fGZQ3Rxt%2Fw%2BHhTQn632wTC9qDSzRC%2FoL1%2Bl1BLLHO02C57cG82A6FVE%2FZkw%3D%3D>. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. *Entendendo a Incorporação de Tecnologias em Saúde no SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Guia_EnvolvimentoATS_web.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5991.htm>. Acesso em: 29/07/2020.

BRASIL. *Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.269, de 13 de abril de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Informações disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude-2/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

CASTRO, Rosana; ALMEIDA, Rafael Antunes. Testemunho, evidência e risco: reflexões sobre o caso da fosfoetanolamina sintética. *Anuário Antropológico*, v. 42, n. 1, jan.-jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6192>. Acesso em: 29 set. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra, 2014.

GONÇALVES, Jonas Gonçalves; CAPOANOA, Edson; BUENO, Eliete Martins. A fosfoetanolamina e as comunidades no Facebook: repercussão de um tema científico em rede social. Recife, *Revista Ícone,* v. 17, n. 1, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/icone/article/view/236434>. Acesso em: 05 ago. 2020.

GOPALAN, Mohan Roy; KARUNAKARAN, Vidhukumar; PRABHAKARAN, Anil; JAYAKUMAR, Krishnannair Lalithamma Jayakumar. Prevalence of psychiatric morbidity among cancer patients – hospital-based, cross-sectional survey. *Indian J Psychiatry,* 2016; n. 58, p. 275-280. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5100118/>. Acesso em: 02 ago. 2020.

INOCÊNCIO, Doralice. Entre a ciência e a crença: a postura médica frente à "Cura Religiosa". *Âncora,* v. 3, nov. 2007. Disponível em: <http://www.revistaancora.com.br/revista_3/03.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O Feiticeiro e sua Magia*. Antropologia Estrutural II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

LOPES, Antonio Alberto. Medicina Baseada em Evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 46. n. 3, 2000. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/26367534_Medicina_Baseada_em_Evidencias_a_arte_de_aplicar_o_conhecimento_cientifico_na_pratica_clinica>. Acesso em: 08 ago. 2020.

MIGUEL, Jesús M. de. Introducción al campo de la Antropología Médica. *In:* KENNY, Michael; MIGUEL, Jesús M. de. La Antropología Médica en España. Barcelona: Anagrama, 1980.

MONARI, Ana Carolina Pontalti. *O "milagre" da pílula:* os efeitos da mídia na opinião pública sobre o caso da fosfoetanolamina sintética. Dissertação (Mestrado), 2019. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/183497>. Acesso em: 29 set. 2020.

NOVARETTI, Márcia Cristina Zago; PISCOPO, Marcos Roberto; AQUINO, Simone. Medicamentos antineoplásicos e a Anvisa: o caso lenalidomida. *Revista de Administração Hospitalar,* Belo Horizonte, v. 10, n. 3, p. 44-60, 2013. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/rahis/article/view/2087>. Acesso em: 10 jul. 2020.

NATURE. *Drugs on demand Controversy in Brazil over access to a purported cancer cure could set a harmful precedent.* London: Macmillan, 2015, v. 527, p. 410. Disponível em: <https://www.nature.com/news/drugs-on-demand-1.18873>. Acesso em: 2 ago. 2020.

QUENTAL, Cristiane; FILHO, Salles. Ensaios clínicos: capacitação nacional para avaliação de medicamentos e vacinas. *Rev. Bras. Epidemiol*, v. 9, n. 4, p. 408-424, 2006.

SANTOS, Ana Paula Ferreira dos. O fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa pelo poder público por força de decisão judicial após o julgamento do Tema 500 pelo Supremo Tribunal Federal. *CIADS*, v. 8, n. 4, out./dez. 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/564>. Acesso em: 16 nov. 2020.

STURZA, Janaína Machado; LEVES, Aline Michele Pedron; CAVALHEIRO, Andressa Simmi. A saúde como um sistema social: do risco da inefetividade à judicialização excessiva em matéria de medicamentos. *Revista Jurídica Cesumar:* Maringá, v. 19, n. 2, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7088>. Acesso em: 08 ago. 2020.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis*, Rio de Janeiro: v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 ago. 2020.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social:* trajetória da saúde pública. São Paulo: Senac, 2005.

TULCHINSKY, Theodore H. Marc Lalonde, the Health Field Concept and Health Promotion. Bethesda, *Case Studies in Public Health*, 2018, p. 523-541. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7150308/>. Acesso em: 02 ago. 2020.

TELESI JUNIOR, Emílio. Práticas integrativas e complementares em saúde, uma nova eficácia para o SUS. *Estudos Avançados.* São Paulo, v. 30, n. 86, p. 99-112, abr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100099&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 jul. 2020.

TEODORO, Cristiane Roberta dos Santos; CAETANO, Rosângela. O caso da fosfoetanolamina sintética e a preocupante flexibilização das normas sanitárias no Brasil. Rio de Janeiro: *Physis,* n. 26, v. 3, jul.-set. 2016. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/physis/2016.v26n3/741-746/pt/#>. Acesso em: 08 ago. 2020.

UFC. *Fosfoetanolamina, a "pílula do câncer", começa a ser testada em humanos pela UFC.* Disponível em: <http://www.ufc.br/noticias/13120-fosfoetanolamina-a-pilula-do-cancer-comeca-a-ser-testada-em-humanos-pela-ufc>. Acesso em: 10 jul. 2020.

USP. *USP divulga comunicado sobre a substância fosfoetanolamina* Disponível em: <https://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

VALENTE, Tania Cristina de Oliveira; DIAS, Davi James; MARRAS, Stelio Alessandro. Curas e terapêuticas espirituais no Brasil: revisão crítica e algumas reflexões. *Interface,* Botucatu, v. 23, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141432832019000100301&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 ago. 2020.

WINSLOW, Charles-Edward Amory. The untilled fields of public health. *Science*, v. 51, n. 1306, p. 22- 33, 1920.

WEBER, Max. *Conceitos básicos de sociologia*. São Paulo: Centauro, 2002.

Data de recebimento: 01/10/2020

Data de aprovação: 04/11/2020

DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL: A IMPORTÂNCIA DO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

DEMOCRACY AND SOCIAL JUSTICE: THE IMPORTANCE OF TACKLING GENDER VIOLENCE

Thaís Agnoletti Alcova[*]
Edinilson Donisete Machado[**]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a vulnerabilidade social da mulher brasileira, agravada pelos recentes desdobramentos da pandemia, ocasionada pelo novo coronavírus. Utilizou-se a bibliografia temática correlata e o método dedutivo de pesquisa, pois, parte-se do fato de que a violência de gênero precisa de urgente tratamento, e, infere-se que as ações afirmativas são imprescindíveis a tal intento. A pesquisa visa analisar a possível origem da dominação masculina, e sua influência sobre Estado e sociedade. Salientar como a democracia se enfraquece com a violação dos Direitos Fundamentais da mulher. Ressaltar como o Estado restringe o exercício da cidadania feminina. Por fim, objetiva-se demonstrar, como as Políticas Públicas, de abordagem interseccional, são instrumento necessário ao enfrentamento dessa desigualdade, ao fortalecimento da democracia, e à realização de justiça social. Pois, quando combatem a desigualdade entre os sexos, possibilitam o exercício da cidadania feminina, e a efetivação dos Direitos Fundamentais das mulheres.

Palavras-chave: Violência de gênero. Direitos Fundamentais. Democracia. Políticas Públicas.

[*] Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) – Jacarezinho, PR. E-mail: thais_alcova@hotmail.com.

[**] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), lotado no centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) – Jacarezinho, PR, com participação do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Democracia. E-mail: edinilson.machado@uenp.edu.br.

ABSTRACT

This article aims to analyze the social vulnerability of Brazilian women, aggravated by the unfolding of the pandemic, caused by the new coronavirus. The related thematic bibliography and the deductive method of research were used, since it is based on the fact that gender violence needs urgent treatment, and it is inferred that affirmative actions are essential to this intent. The research aims to analyze the possible origin of male domination and its influence on the state and society. It highlights how democracy is weakened by the violation of women's fundamental rights. Highlight how the State restricts the exercise of female citizenship. Finally, it aims to demonstrate how Public Policies, of intersectional approach, are a necessary instrument to face this inequality, to strengthen democracy, and to achieve social justice. For, when they fight inequality between the sexes, they enable the exercise of female citizenship, and the realization of women's Fundamental Rights.

Keywords: Gender violence. Fundamental Rights. Democracy. Public Policy.

INTRODUÇÃO

Devido à propagação de preceitos baseados na supremacia masculina, desde os tempos mais remotos, a falsa perspectiva da inferioridade feminina, incorporou-se à cultura da maioria das sociedades do mundo. E ainda desvela os seus reflexos, inclusive, no Brasil. Atualmente, essa violência é mais comumente manifestada, através dos crimes de estupro, violência doméstica e feminicídio. A frequência de sua prática coloca as mulheres brasileiras em constante situação de risco. A pandemia causada pelo novo coronavírus, realçou ainda mais a situação de fragilidade da mulher brasileira, e evidenciou a urgente necessidade de enfrentamento da desigualdade entre os sexos. Dessa forma, mostra-se necessário o estudo de medidas que possam combater a violência de gênero, e justifica-se a elaboração do presente trabalho. Antes de dar continuidade, como forma de esclarecimento, salienta-se que esta pesquisa trata da violência perpetrada contra as mulheres cisgênero[1].

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, pois parte-se do fato de que a violência de gênero perpetrada contra as mulheres é um problema social que necessita urgentemente de solução. Frente a isso, salienta-se que a implementação de ações afirmativas é elemento fundamental ao tratamento de tão importante problema.

Por meio deste, objetiva-se buscar a possível origem da dominação masculina; analisar a relação existente entre a cultura da violência de gênero e a atuação estatal; analisar a ligação existente entre democracia, direitos fundamentais e a

[1] Pessoa cuja identidade de gênero corresponde ao gênero que lhe foi atribuído no nascimento.

violência de gênero. E por fim, tentar mostrar como as políticas públicas podem auxiliar no enfrentamento das desigualdades sociais existentes entre homens e mulheres.

A possível origem da supremacia masculina

Estudiosos como Beauvoir, Butler e Bourdieu, analisaram a fundo a dominação masculina, para tentar compreender as razões da disparidade de tratamento entre os gêneros. Para tanto, iniciaram a busca por sua possível origem, por meio de suas obras, analisando tal desigualdade desde as sociedades rudimentares até a modernidade. Pois, se a circunstância que deu causa a ela fosse descoberta, seria possível tentar contorná-la, para que assim, a igualdade entre os sexos fosse finalmente alcançada.

Beauvoir e o patriarcado

A filósofa existencialista e feminista, Simone de Beauvoir, tentou compreender como a dominação masculina teria surgido[2]. Para tanto, ela analisou profundamente aspectos que poderiam justificar esse tratamento diferenciado, como as características biológicas de ambos os sexos; o ponto de vista da psicanálise; dados históricos sobre a desigualdade entre os gêneros; e os mitos (religiosos e literários), que justificariam a subordinação feminina[3]. Feito este estudo, a autora consegue mostrar que o "ser mulher" nada mais é do que fruto de uma construção social, assim como a sua suposta inferioridade[4].

Por meio da análise supramencionada, Beauvoir ressaltou que existiram sociedades rudimentares cujo estilo de vida era matriarcal. No entanto, as mulheres só eram veneradas em razão do temor que os homens tinham diante dos mistérios da vida[5]. O início da subordinação feminina teria se dado no momento histórico do surgimento da agricultura, durante a passagem da pedra ao bronze[6]. No período da Pedra Lascada, entre 10.000 e 4.000 a.C.[7] Desse modo:

> Nela o homem não reconheceu um semelhante porque ela não partilhava sua maneira de trabalhar e de pensar, porque continuava escravizada

---

2 Beauvoir analisou tal relação desde as sociedades rudimentares até a modernidade (século XX).

3 Ela analisou as mais variadas fontes do conhecimento humano, para tentar compreender as razões da disparidade de tratamento entre os sexos. Por fim, descobriu que não há nenhuma justificativa para isso.

4 BEAUVOIR, S. de. *O segundo sexo I. Fatos e mitos*. Trad. S. Milliet. 4. ed. São Paulo: Difel, 1970.

5 *Ibidem*, p. 92 e 96.

6 *Idem*, p. 95-98.

7 SANTIAGO, R. A.; COELHO, M. T. A. D. A violência contra a mulher: antecedentes históricos. *Revistas UNIFACS*, v. 11, n. 1, p. 1-19, 2007. Disponível em: <https://revistas.u nifacs.br/index.php/sepa/art icle/view/313>. Acesso em: 28 maio 2020, p. 4.

> aos mistérios da vida [...] A vontade masculina de expansão e domínio transformou a incapacidade feminina em maldição [...] sendo o trabalho dos escravos bem mais eficiente que o da mulher, esta perdeu o papel econômico que desempenhava na tribo[8].

Dessa forma, por acreditar que a mulher possuía um menor grau de domínio sobre o mundo, pois estaria mais subordinada à espécie[9], o homem relegou a ela a posição inferior do "outro". Assim teria surgido o patriarcado, causador da desigualdade entre os gêneros[10].

No entanto, conforme ensina Butler[11], o ponto de partida utilizado por Beauvoir, de uma mulher universal[12], foi um dos aspectos que prejudicou a sua busca pela origem da dominação masculina. Como ela não pensou nas mais variadas formas do "ser mulher", não conseguiu depreender qual elemento histórico/social, supostamente teria provocado uma alteração nas relações sociais rudimentares, e, resultado na supremacia dos homens.

Desse modo, a hipótese apresentada por Beauvoir, de que o patriarcado seria a causa da desigualdade de tratamento entre os gêneros, não se confirma.

A desconstrução de gênero de Butler e as raízes do problema

Judith Butler, filósofa pós-estruturalista, também é uma importante expoente do movimento feminista. Entretanto, quando analisa a dominação masculina[13], a sua abordagem é diferente, e vai muito além da tradicional supremacia masculina. A autora utiliza a obra de Beauvoir como inspiração, e desenvolve teoria própria sobre a desigualdade entre os sexos, fundamentada na característica performativa do ser. Através da crítica da relação dicotômica existente entre sexo e gênero, ela salienta que não há um indivíduo uno, e, sem recusar a noção de sujeito, ela mostra que o gênero é apenas um efeito e não uma condição imutável. Dessa forma, a identidade de uma pessoa seria a forma como ela se expressa, e não a essência do seu ser[14]. Portanto, "não há identidade de gênero por trás das expressões de gênero; essa identidade é performativamente constituída, pelas

---

8 BEAUVOIR, S. de., *op. cit.*, p. 98.

9 Tal subordinação estava relacionada às sucessivas gestações a que ela estava destinada, em razão da época.

10 RIBEIRO, D. *Simone de Beauvoir e Judith Butler:* aproximações e distanciamentos e os critérios da ação política. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Paulo. Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, [*S.l.*], 2015, p. 17.

11 BUTLER, J. *Problemas de gênero:* feminismo e subversão da identidade. Trad. R. Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

12 A ausência de uma análise interseccional, com recortes de raça e classe, prejudicou a busca da autora.

13 Butler (2003), analisa o gênero, desde os tempos mais remotos até a atualidade, para melhor entendê-lo.

14 RIBEIRO, D., *op. cit.*, p. 28.

próprias expressões tidas como seus resultados"[15]. Em outras palavras, não existe uma identidade de gênero original, da qual teriam derivado as atuais; ela não passa de uma construção social. Para compreender como foram estabelecidas as relações de poder existentes entre homens e mulheres, Butler faz uma análise extremamente complexa, por meio da desconstrução do que se entende por gênero:

> A hipótese de um sistema binário dos gêneros encerra implicitamente a crença numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero reflete o sexo ou é por ele restrito. Quando o status construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo[16], o próprio gênero se torna um artifício flutuante[17].

Após isso ela mostra que, além de o gênero ser uma construção social, o valor a ele atribuído, as relações de poder dele decorrentes, e a dominação masculina, também são fruto de uma construção social. Por meio da análise das obras de importantes autores, como Michel Foucault, Sigmund Freud, entre outros, Butler nos ensina que:

> As regras que governam a identidade inteligível, i.e., que facultam e restringem a afirmação inteligível de um "eu", regras que são parcialmente estruturadas em conformidade com matrizes da hierarquia do gênero e da heterossexualidade compulsória, operam por repetição. De fato, quando se diz que o sujeito é constituído, isso quer dizer simplesmente que o sujeito é uma consequência de certos discursos regidos por regras, os quais governam a invocação inteligível da identidade[18].

Destarte, como a heteronormatividade compulsória e a dominação masculina são resultado de uma construção social, mesmo as características propagadas como naturais, consideradas imutáveis, podem ser resultado dessa mesma construção. Desse modo, o que se sabe, é que o resultado dessa repetição de padrões artificialmente moldados, resultou na definição do homem como ser superior (para quem o mundo deveria se voltar), na submissão da mulher, e, na repressão de todos os padrões de comportamento que diferem da heterossexualidade compulsória[19]. A autora avança tanto em seu estudo, que em determinado mo-

---

15 BUTLER, J., *op. cit.*, p. 45.

16 Para a autora, o gênero é resultado de inúmeras construções sociais, que caminham ao lado da humanidade desde os seus primórdios. A existência de exceções ao binarismo, como a intersexualidade, coloca tal conceito em "xeque", e fortalecem a teoria da autora, que compreende o gênero como algo artificialmente moldado. Pois, se o binarismo relacionado ao gênero e sexo fosse uma verdade absoluta, tais exceções não existiriam.

17 BUTLER, J., *op. cit.*, p. 24.

18 BUTLER, J., *op. cit.*, p. 209.

19 A autora não define a orientação sexual como algo que é sempre artificialmente construído, mas, salienta que as sexualidades que divergem da heterossexualidade são reprimidas pela

mento reflete a respeito de um possível "ser pré-linguístico". Seria ele o ser humano "original", despido das influências da dominação masculina, que construíram o que somos hoje. Porém, Butler chega à conclusão de que não existem registros da existência desse ser. E, sem essas informações, não é possível comprovar e nem reconstituir o suposto status quo da humanidade, onde homens e mulheres coabitavam em posição de igualdade.

Portanto, Butler também não consegue descobrir o que teria causado a desigualdade entre os sexos. Por meio da desconstrução do gênero, ela salienta que as raízes do problema residem em sua divisão e qualificação diferenciada. Ela não conseguiu descobrir as razões que motivaram a atribuição de valor superior ao gênero masculino, e inferior ao gênero feminino; nem compreendeu a necessidade de se classificar o ser humano desta forma. Através de seu estudo, o que se pode depreender, é que foi essa divisão que favoreceu os homens e prejudicou as mulheres, e, evoluiu para a sociedade desigual e violenta que temos hoje. Adiante, analisaremos a estreita relação existente entre o machismo e o Estado, para que seja possível compreender como a violência de gênero está enraizada em nossa sociedade.

O Estado e a dominação masculina

Conforme ensina Norberto Bobbio[20], foi através da ciência política moderna que pensadores contratualistas, que vão de Hobbes até Kant, criaram teorias a respeito do desenvolvimento do direito natural, que culminou na criação do Estado, através de um ato legal (contrato), que o legitima. Assim teria surgido o Estado moderno (originado na Europa).

A filósofa, feminista e teórica política, Carole Pateman, por meio de sua obra "O contrato sexual", demonstra como os teóricos contratualistas excluíram de suas teorias a relação existente entre o contrato social e o patriarcado, e não levaram em consideração, como o Estado moderno era baseado na dominação dos homens e subordinação das mulheres[21]. Segundo a autora, de acordo com a teoria convencional do contrato social, ele teria sido firmado para romper com o patriarcado e para originar uma nova ordem civil, pós- patriarcal. Entretanto, a condição social das mulheres continuou a ser a de submissão. A liberdade civil universal era uma falácia. Na verdade, era um privilégio masculino. O contrato social não tinha por objetivo se opor ao patriarcado, ele foi o instrumento através do qual o patriarcado moderno se instaurou. Dessa forma:

---

sociedade. E, quando a sociedade aceita somente a heterossexualidade e reprime as demais orientações, ela se torna algo compulsório, algo imposto.

20 BOBBIO, N. BOVERO, M. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. C. N. Coutinho. 4. ed. São Paulo: Brasiliense SA, 1996.

21 PATEMAN, C. *O contrato sexual*. Trad. M. Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 9-11.

> Aos homens, seres imaginados como racionais por excelência, foi dado o direito de consentirem em participar da esfera pública, igualitária e livre. As mulheres, vistas como carentes de razão, deveriam permanecer no lugar que lhes seria "natural": a esfera privada[22].

Diante disso, pode-se depreender que no momento da instituição da sociedade civil, através do Estado moderno, a supremacia masculina continuou a vigorar, por meio de uma abordagem diferente, com o respaldo do próprio Estado[23].

A divisão sexual do trabalho e a perpetuação de uma sociedade desigual

Segundo o filósofo e sociólogo Pierre Bourdieu, a divisão sexual do trabalho é resultado da construção social do que vem a ser o biológico e, de diferentes visões dos corpos femininos e masculinos, especialmente no que diz respeito à reprodução. Tal construção, baseia-se em uma cultura androcêntrica, que legitima a relação de dominação entre homens e mulheres, sob a falsa alegação de que isso seria natural. A ordem masculina influenciou todos os aspectos da vida humana; desde os corpos e a divisão sexual do trabalho, até as práticas públicas e privadas. Com isso, a mulher foi apartada das atividades mais grandiosas, e foi submetida às atividades inferiores e indignas. As diferenças biológicas eram utilizadas como a principal justificativa para a desigualdade social existente[24].

O autor também ressaltou o papel da igreja, da família e da escola, na reprodução dessa desigualdade. É na família, que a divisão sexual do trabalho é imposta ao indivíduo, e por isso, se legitima. Outrossim, o Estado também tem um papel central na propagação da supremacia masculina. Ele transferiu os preceitos do patriarcado privado para um patriarcado público; até mesmo o direito de família, e as normas que estabeleciam o direito civil das pessoas, eram pautados pela cultura androcêntrica. A mulher negra foi a mais prejudicada pela divisão sexual do trabalho. Segundo Angela Davis, no período posterior à abolição, homens e mulheres negros deixaram de trabalhar em condição de igualdade. Apesar de livres, elas eram destinadas às piores funções e salários, e por demasiado tempo, foram aprisionadas à função de empregada doméstica[25]. E,

---

22 PARADIS, C. G.; MATOS, M. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 43, p. 57-118, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0057.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020, p. 66.

23 Devido à constante repressão, as ações femininas por emancipação só ganharam apoio significativo a partir do século XVIII, na Europa. O que evidencia como a aliança entre Estado e patriarcado foi bem sucedida.

24 BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Trad. M. H. Kuhner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

25 DAVIS, A., *op cit.*

ainda sofrem o sexismo, preconceito de classe e racismo estruturais, que relegam a ela as funções subalternas.

Segundo Silva, atualmente, quando o assunto é a inserção das mulheres no ambiente profissional, se destacam os menores salários recebidos por elas, e, a sua vinculação ao âmbito reprodutivo. Além disso, elas são frequentemente impedidas de alcançar cargos mais elevados e espaços decisórios. Além da jornada profissional, os afazeres domésticos e o cuidado com os filhos recaem sobre elas. Resultado disso, são as jornadas duplas e triplas de trabalho, e nenhuma remuneração sobre as atividades desempenhadas no seio doméstico[26]. De acordo com Matos e Paradis, as instituições estatais também são responsáveis pela manutenção da divisão sexual do trabalho, eternizando a violência sofrida diariamente pelas mulheres. Ademais, a implantação subordinada delas nas esferas públicas, e o prolongamento de sua luta por igualdade, também são resultado da influência que a dominação masculina ainda exerce sobre o Estado[27].

Portanto, pode-se depreender, que a tradicional divisão sexual do trabalho foi um dos reflexos da aliança entre o Estado Moderno e o patriarcado, e, ainda hoje, exerce influência sobre a vida das mulheres e sobre a atuação do Estado[28].

A influência da dominação masculina sobre o Estado brasileiro

De acordo com Santos, no período colonial, a instrução que as mulheres recebiam nas escolas, era completamente diferente daquela ofertada aos homens. Enquanto eles eram ensinados a gerir negócios e honrar a nação, elas aprendiam formas de agradar o cônjuge e lições de boas maneiras. O art. 56, do Decreto n. 181 de 1890, estabelecia quais eram os efeitos do casamento civil à época. Ele legitimava uma relação totalmente desigual entre homens e mulheres, pois o marido era constituído chefe de sua família e, era responsável pelo destino de sua esposa e filhos; além de ter o direito de administrar sozinho os bens da família. De acordo com o art. 233 da Lei n. 4.121/1962, o marido era oficialmente o chefe da sociedade conjugal[29].

---

[26] SILVA, B. C. de S. L. e. *Patriarcado e Teoria Política Feminista:* Possibilidades na Ciência Política, 2019. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, [*S.l.*], 2019, p. 54, 56 e 62.

[27] PARADIS, C. G.; MATOS, M., *op. cit.*, p. 109.

[28] A tradicional divisão sexual do trabalho surgiu junto com o Estado Moderno, como imposição do patriarcado às mulheres. Não foi uma escolha, e ainda afeta as mulheres através das duplas e triplas jornadas de trabalho.

[29] SANTOS, C. D. A representação da mulher à luz da legislação brasileira. *Periferia:* Educação, Cultura & Comunicação, v. 10, n. 2, p. 239-257, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/29836>. Acesso em: 13 jul. 2020.

Ainda segundo a autora, foi somente no ano de 1932, por meio do Decreto n. 21.076, assinado por Getúlio Vargas, que as mulheres obtiveram o direito ao voto. De acordo com o Plano Nacional de Educação de 1937, as meninas tinham o ensino das "prendas" domésticas em sua grade curricular. Conforme o estabelecido pela Lei n. 2.848/1940, o estuprador que se casasse com a sua vítima seria isento de punição. Ademais, foi somente em 1962, por meio do Estatuto da Mulher Casada, que as mulheres puderam dispor livremente de suas rendas. E, somente com o advento da Lei n. 6.515/1977, que autorizou o divórcio no Brasil, as mulheres puderam se ver livres de relacionamentos indesejados e abusivos. É importante ressaltar, conforme ensinam Matos e Paradis, que:

> O exercício do poder estatal apresenta sim essa inclinação e/ou pré-julgamento sobre as relações de gênero que o estruturam, sendo elas, quase sempre, disfarçadas sob o manto de uma imaginária neutralidade de gênero no âmbito das instituições estatais (no Executivo, no Legislativo e no Judiciário). Mas essa neutralidade simplesmente não existe e pode-se afirmar a forte presença de inclinações patriarcais estruturadas no Estado brasileiro[30].

Diante dos fatos apresentados, depreende-se que a história do Brasil é repleta de evidências de que Estado e sociedade, reproduzem a disparidade de tratamento entre os gêneros. A constância com que a violência de gênero é praticada evidencia como a cultura da supremacia masculina ainda exerce grande influência sobre a sociedade brasileira.

A violação dos direitos fundamentais da mulher e a violência de gênero

Sempre que a violência de gênero é praticada, os direitos fundamentais das mulheres são violados. Por exemplo: o crime de feminicídio[31], viola o direito fundamental à vida da mulher; o crime de violência doméstica do tipo física, viola o direito à integridade física. De acordo com Brites e Clemente, as atitudes discriminatórias em razão do gênero devem ser reprimidas, para que o direito fundamental à igualdade não seja mitigado, pois, as diferenças físicas entre homens e mulheres não devem servir de justificativa ao cometimento da violência de gênero. Ainda segundo os autores, a violência e as atitudes discriminatórias violam o princípio da dignidade da pessoa humana, e restringem a liberdade da mulher. Ademais, além de todas as restrições de direitos já mencionadas, a violência de gênero também pode resultar na violação de diversos direitos sociais da mulher, como por exemplo, o direito à vida política, cultural, econômica e

---

30 PARADIS, C. G.; MATOS, M., *op. cit.*, p. 73-74.

31 O feminicídio é uma das qualificadoras do crime de homicídio, inserida pela Lei n. 13.104/15, no Código Penal Brasileiro. E, ocorre quando uma mulher é morta pelo simples fato de ser mulher.

familiar. Além de ser um problema social, é uma questão de saúde pública, pois as vítimas desse crime necessitam de atendimento hospitalar especializado, devido à particularidade da violência que sofrem[32].

Portanto, depreende-se que a violência de gênero é um problema social que afeta toda a sociedade. E, quando o Estado não previne a sua ocorrência, ele deixa concretizar os Direitos Fundamentais da mulher, desrespeitando a própria Constituição. Adiante, analisaremos como o Estado, influenciado pela cultura sexista, restringe a cidadania feminina. E, impossibilita que as mulheres lutem pela concretização de seus Direitos Fundamentais.

Dominação masculina *versus* Estado Democrático de Direito

A relação de igualdade entre as pessoas somente é desejável quando é justa, e, para que assim seja, deve ir além da proibição legal de tratamento desigual entre as pessoas. Ela deve proporcionar igual oportunidade de fruição dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição[33]. A efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos é elemento essencial à democracia, e à solução pacífica dos conflitos resultantes das interações sociais[34].

Segundo José Afonso da Silva:

> A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício[35].

---

32 CLEMENTE, A. J. BRITES, C. M. A violação dos Direitos Fundamentais, igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e à vida no contexto da violência contra a mulher. *VI Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia*, [*S.l.*], 2018. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/10623>. Acesso em: 13 jul. 2020.

33 BOBBIO, N. *Igualdade e Liberdade*. Trad. C. N. Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

34 BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. C. N. Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

35 SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 122-123.

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus princípios basilares a legalidade, consubstanciada na subordinação do Estado à Constituição. Essa subordinação, deve assegurar os meios capazes de nivelar as relações entre pessoas socialmente desiguais. A concretização dos direitos sociais não é pressuposto do Estado Democrático de Direito, mas sim, um de seus objetivos. Portanto, é elemento essencial à existência da democracia, e à realização de justiça social. O que deve ser feito respeitando o caráter pluralista da sociedade, onde os conflitos interpessoais devem ser administrados, de maneira que todos tenham plenas condições de se desenvolver enquanto indivíduos[36].

Conforme ensina Vinci, os direitos fundamentais, através de sua função contramajoritária[37], impedem que a maioria atue de forma indiscriminada, e protegem as minorias excluídas, garantindo a sua participação no processo democrático, em igualdade de condições[38]. As minorias excluídas, são pessoas politicamente isoladas pela cultura dominante[39], que não se encaixam nos padrões vigentes, e acabam excluídas pela sociedade. Ainda de acordo com a autora, as garantias fundamentais são elementos necessários à concretização dos direitos fundamentais, pois, são elas que previnem e fazem cessar as lesões ou ameaças de lesões desses direitos. Existe uma relação direta de interdependência entre o regime democrático e os direitos fundamentais, pois, um não existe plenamente sem o outro. As garantias fundamentais são o elo que consolida essa relação.

Como sociedade e Estado ainda são fortemente influenciados pela cultura da supremacia masculina, contribuem direta e indiretamente, com a violação dos Direitos Fundamentais da mulher brasileira. Dessa forma, a desigualdade entre os gêneros se perpetua. E, como resultado disso, a democracia brasileira se enfraquece.

A desigualdade entre os gêneros como empecilho ao exercício da cidadania feminina

O Brasil leva consigo uma herança patriarcal, que de forma metódica, tem sido reafirmada ao longo de nossa história política. Tal herança é um dos

---

36 SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

37 Dessa forma, os Direitos Fundamentais atuam como um escudo protetor das minorias desprivilegiadas, impedindo que a maioria faça valer somente os seus interesses, em detrimento dos direitos das minorias.

38 VINCI, L. V. D. *A relação entre democracia e direitos e garantias fundamentais*, 2017. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, [*S.l.*], 2017.

39 NASCIMENTO, A. R. do.; ALVES, F. de B. Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise de proteção de direitos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Minas Gerais, v. 36, n. 2, p. 363-388, 2020. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/conteudo/artigos/253d662f007df83c7121db 9f4db7371c.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020, p. 368.

desdobramentos da elaboração do contrato social, que garantiu somente ao homem participação no âmbito das decisões políticas[40]. Por estar enraizada em nossa cultura, a dominação masculina impõe obstáculos entre as esferas pública e privada[41]. Consequentemente, a participação política das mulheres, resta prejudicada[42].

Quando as mulheres adentraram na vida política, por meio de cargos eletivos, elas foram destinadas cuidar das pessoas mais fragilizadas, pois, como tinham a função de cuidar dos menos privilegiados no seio doméstico, também deveriam fazê-lo no meio político. Isto só reforçou a conservadora divisão do trabalho político[43], relegando as mulheres à subalternidade[44].

A escassa presença de mulheres no seio político é a realidade de quase todos os países do mundo. A supressão de barreiras legais não foi o suficiente para proporcionar a elas iguais condições de acesso à política. As cotas políticas foram criadas com o intuito de evidenciar as desigualdades estruturais presentes no meio político[45]. Através delas, as pessoas socialmente excluídas podem ter mais chances de fazer valer os seus direitos, e fortalecer a própria democracia[46]. Segundo prescreve Silva:

> A divisão sexual do trabalho, e como esta se reproduz na vida social, é um fator determinante para todos os outros âmbitos na vida de uma mulher. A partir do momento em que lhe é imposto determinadas funções ditas naturais e não remuneradas, não há tempo para se dedicar a outras atividades. A naturalização da maternidade e das funções voltadas para assistência fazem da mulher um indivíduo impossibilitado de servir à política como gostaria[47].

Diferente do esperado, as cotas políticas acabam sendo destinadas às classes mais privilegiadas de mulheres, silenciando e excluindo as mulheres menos favorecidas. Para que todas as mulheres possam ter o direito de exercer a função política de forma efetiva, as condições necessárias à sua atuação (como

---

40 PARADIS, C. G.; MATOS, M., *op. cit*., p. 87.

41 A esfera privada se refere ao seio doméstico, e a pública, se refere a todos os âmbitos da vida pública.

42 SILVA, B. C. de S. L. e., *op. cit*., p. 95-96.

43 Tal divisão, relega às mulheres inseridas no seio político, o dever de zelar pelas pessoas fragilizadas (como crianças e idosos). Transferindo a divisão sexual do trabalho, presente na esfera privada, para o seio político.

44 MIGUEL, L. F. Política de interesses, política do desvelo: Representação e "singularidade feminina". *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 253-267, 2001. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/re f/article/view/S0104-026X200100010 0015>. Acesso em: 08 jun. 2020.

45 MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. *Feminismo e Política:* uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

46 MIGUEL, L. F., *op. cit*., p. 266.

47 SILVA, B. C. de S. L. e., *op. cit*., p. 101.

por exemplo, a divisão das tarefas domésticas, creches públicas para que tenham onde deixar os seus filhos, e a redução da discriminação de gênero), precisam ser asseguradas. É importante ressaltar, que o combate da desigualdade entre os gêneros, deve ocorrer levando em consideração os recortes interseccionais[48], onde as desigualdades de raça e classe também sejam confrontadas; para que as causas estruturais das dores de muitas mulheres não sejam ignoradas[49]. A luta dos movimentos feministas é muito importante, pois pressiona o Estado a tomar medidas para combater da desigualdade entre os sexos. Entretanto, também é necessário acabar com as influências da dominação masculina sobre o Estado, para que a emancipação das mulheres possa finalmente ocorrer[50].

Portanto, quando o Brasil não assegura as mínimas condições necessárias à inserção das mulheres na política, ele impede que elas exercitem a sua cidadania plenamente. Dessa forma, além de terem os seus direitos violados, sem voz política, elas não conseguem lutar pela concretização deles. Quando uma parcela significativa da população brasileira é impedida de exercer sua cidadania direta e indiretamente (através de cargos eletivos e por meio da concretização de direitos) a democracia se esmaece, e a subjugação feminina se perpetua. Assim, resta evidente a necessidade da implementação de medidas que promovam a igualdade entre os sexos, o exercício da cidadania feminina, e a efetivação dos direitos das mulheres; atuando assim, como instrumentos de justiça social. Em seguida, analisaremos tais medidas, e como elas podem atuar na promoção de justiça social e igualdade entre os gêneros.

Políticas Públicas como instrumento de enfrentamento da desigualdade entre os gêneros e fortalecimento da democracia

A efetiva implementação de políticas públicas, nas mais diferentes áreas, direcionadas à concretização dos direitos fundamentais da população, é o meio mais eficaz para o enfrentamento da desigualdade entre os gêneros. A violação dos direitos fundamentais das mulheres é o que faz com que esse problema social seja de interesse público, e por isso, demande a implementação de ações afirmativas[51]. Para que essas ações sejam concretizadas, é necessário definir quais assuntos serão atendidos, quais finalidades serão perseguidas, e como

---

48 Tal abordagem é necessária para que todas as formas de opressão sejam consideradas, na luta por igualdade.

49 MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. *Feminismo e Política:* uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

50 PARADIS, C. G.; MATOS, M. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 43, p. 57-118, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0057.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

51 CLEMENTE, A. J.; BRITES, C. M., *op. cit*., p. 3.

isso será feito. Além disso, é preciso definir quem são as pessoas aptas a tratar do assunto, e quais são as pessoas que devem ser contempladas por essas medidas. As teorias universalistas não são compatíveis com a sua implementação, pois acabam excluindo de seu âmbito de atuação, os problemas estruturais, as dinâmicas de poder e opressão, advindos de relações sociais não abarcadas por essas teorias. Uma abordagem interseccional é fundamental para a concretização dessas ações afirmativas, possibilitando que a população marginalizada seja ouvida, por meio de práticas de diálogo e consulta dos grupos socialmente excluídos[52].

Ainda segundo a autora, a intervenção dos órgãos estatais responsáveis pelo combate da desigualdade entre os gêneros, é indispensável à concretização das ações afirmativas, pois, são capazes de reunir os mais diversos coletivos que representam as minorias excluídas. Com o auxílio desses grupos, podem ser encontradas estratégias adequadas ao enfrentamento da desigualdade entre os sexos. Portanto, a relação entre Estado e políticas públicas precisa ser pensada, para que sejam encontrados meios aptos a promover a inclusão social das mulheres, de modo que a cultura da supremacia masculina seja realmente superada.

Conforme ensina Silveira, para que seja possível implementar políticas públicas realmente eficazes, é importante observar os exemplos de países que tem uma vasta experiência no assunto. Além disso, é necessário fazer com que a implementação dessas medidas tenha caráter permanente. A escolha e efetivação de uma medida específica depende de um estudo mais aprofundado, realizado pelo Estado e seus gestores[53].

Vale ressaltar que, assim como a democracia, as políticas públicas de enfrentamento da violência de gênero, buscam a realização de justiça social e a promoção da igualdade substancial entre todas as pessoas. Desse modo, quando elas combatem a desigualdade entre os gêneros, promovem as condições necessárias à existência da própria democracia. Por isso, são medidas vantajosas e positivas a sociedade como um todo.

Em seguida, trataremos do tema interseccionalidade, com a apresentação de exemplos concretos para que haja uma melhor e mais facilitada compreensão do assunto; e, para que se evidencie como tal abordagem é imprescindível à implementação das políticas públicas destinadas às mulheres.

---

[52] ALMENDRA, J. C. Reflexiones sobre el concepto de inclusión social. Una propuesta desde la teoría feminista para el estudio de las políticas públicas. *Política y Sociedad*, Madrid, v. 54, n. 2, p. 353-375, 2017. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.Php/POSO/article/view/52735>. Acesso em: 13 jul. 2020.

[53] SILVEIRA, M. L. da. Políticas públicas de gênero: impasses e desafios para fortalecer a agenda política na perspectiva da igualdade. *In:* Godinho, Tatau; Silveira, Maria Lucia da (orgs.). *Políticas públicas e igualdade de gênero.* São Paulo: Cadernos da Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.

A abordagem interseccional no combate da desigualdade entre os gêneros

Segundo Kimberlé Crenshaw, a interseccionalidade "trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras"[54].

Em sua obra "Mulheres, raça e classe", a professora e filósofa Angela Davis, demonstra como a opressão perpetrada pela classe dominante, pode atingir diferentes mulheres, de diversas maneiras. Segundo Davis[55], no período da escravidão, nos Estados Unidos da América, homens e mulheres recebiam como pena o açoite e a mutilação. Entretanto, as mulheres recebiam a pena adicional do estupro. Ademais, elas eram obrigadas a ter muitos filhos, cujo destino era ser vendidos como mercadoria, enquanto elas eram obrigadas a servir como amas de leite para os filhos do senhor de escravos. Posteriormente, no período da industrialização, as mulheres negras eram responsáveis pelas piores funções da fábrica, e recebiam os menores salários. No ambiente urbano elas eram, em sua maioria, destinadas a realizar atividades domésticas, onde a violência sexual era uma realidade constante. Elas foram aprisionadas a esta função até o período da Segunda Guerra Mundial, e, durante todo esse tempo, foram submetidas à extrema pobreza. Portanto, depreende-se que as mulheres negras sofriam opressões de cunho racial, de classe, e, em razão de seu gênero.

Ainda segundo a pensadora, as mulheres brancas e de classe social alta, dos EUA, estavam submetidas à violência de gênero, que se agravou ainda mais com o processo de industrialização, e o fortalecimento do conservadorismo. O seu destino estava associado unicamente ao lar, como donas de casa, não existindo nenhum direito a uma vida pública. Além disso, os seus corpos eram considerados propriedade de seus companheiros. Dessa forma, o sexismo as colocava em situação de submissão e invisibilidade.

As mulheres pertencentes à classe trabalhadora recebiam salários inferiores aos dos homens, e não tinham proteção sindical. Ademais, sofriam abusos de cunho sexual dentro do ambiente de trabalho. Devido ao conservadorismo, além de trabalhar fora, elas deveriam cumprir com todas as tarefas domésticas, tendo a sua jornada de trabalho dobrada. Assim sendo, elas estavam submetidas à violência de gênero e à exploração de classe.

---

54 CRENSHAW, K. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. *Revista de Estudos Feministas.* Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, jan. 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/arti cle/view/S0104-026X2002000100011/8774>. Acesso em: 12 set. 2020, p. 177.

55 DAVIS, A. *Mulheres, raça e classe.* Trad. H. R. Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, 262p. Disponível em: <https://edisciplinas.usp. br/pluginfile.php/4248 256/mod_resource/content/0/Angela%20Da vis_Mulheres%2C%20raca%20e%20classe.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Atualmente, as diversas formas de opressão praticadas contra as mulheres, não deixaram de ocorrer, inclusive, fazem parte da realidade do Brasil. Diante disso, é importante frisar que, "quando ausentes os letramentos intersecionais[56] para as abordagens feministas e antirracistas, ambos reforçam a opressão combatida pelo outro"[57].

Portanto, o enfrentamento da desigualdade entre os sexos deve perseverar, porém, deve levar em consideração todas as nuances da violência praticada contra as mulheres. Principalmente no momento da implementação de políticas públicas, para que todas as formas de opressão perpetradas contra as elas, sejam abrangidas e devidamente tratadas. Adiante, analisaremos a prática da violência de gênero durante a pandemia, e como a implementação de ações afirmativas é essencial para lidar com tal problema.

O aumento da violência contra a mulher durante a pandemia

O novo coronavírus, classificado como COVID-19, ocasionou a maior pandemia vivenciada durante o século XXI. Por se tratar de um vírus extremamente perigoso e altamente infeccioso, a Organização Mundial da Saúde recomendou o isolamento social, como forma de contenção do vírus. Infelizmente, um dos efeitos colaterais do isolamento, foi o aumento significativo dos casos de violência doméstica praticados no Brasil.

De acordo com o Instituto Santos Dumont, somente no mês de março, o Estado do Rio Grande do Norte registrou um aumento de 34,1% dos casos de lesão corporal praticadas contra mulheres; um aumento de 54,3% dos casos de ameaças contra mulheres; e o dobro do cometimento de estupros contra elas, em comparação com igual período de 2019[58]. Segundo o site da Câmara dos Deputados, a Ouvidoria Nacional do Direitos Humanos, informou que somente no mês de abril os casos de violência doméstica tiveram um aumento de 28%[59]. Segundo a Agência Brasil[60], e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, os casos de feminicídio aumentaram 22,2%, entre os meses de março e abril, em 12 Estados.

---

[56] Quando a opressão sofrida pelas mulheres não é analisada através dos recortes de raça, gênero e classe social, o enfrentamento da desigualdade entre os sexos apenas reforça a opressão perpetrada pelos homens.

[57] AKOTIRENE, C. *Interseccionalidade*. São Paulo: Sueli Carneiro: Pólen, 2019, p. 38.

[58] INSTITUTO SANTOS DUMONT. *O terror na quarentena*. Disponível em: <http://www.institutosantosdumont.org.br/2020/04/23/violencia-contra-a-mulher-dispara-na-quarentena-saiba-onde-denunciar/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

[59] CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Crescem denúncias de violência doméstica*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/661087-crescem-denuncias-de-violencia-domestica-durante-pandemia>. Acesso em: 13 jul. 2020.

[60] AGÊNCIA BRASIL. *Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-defeminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em: 13 jul. 2020.

Diante dos dados apresentados, pode-se depreender, que por ser um problema estrutural e sistêmico, mesmo durante uma das maiores crises sanitárias e econômicas de toda a humanidade, a violência de gênero persiste. Evidencia-se assim, a importância da implementação de políticas públicas para a promoção de justiça social e consolidação da igualdade material[61] entre homens e mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou investigar a relação existente entre a supremacia masculina, o Estado, a perpetuação da desigualdade entre os gêneros, e o enfraquecimento da democracia. Partiu-se da investigação da suposta origem da dominação masculina, tomando por referência as teorias de Simone de Beauvoir e Judith Butler. Por meio dele, descobriu-se que em razão da ausência de dados suficientes, não é possível determinar a circunstância que ocasionou à dominação masculina. Porém, revelou-se que a divisão e qualificação distinta dos gêneros, está entre as raízes do problema. Dessa forma, desmistificou-se o entendimento de que o patriarcado teria a originado, e restou evidente, o fato de que ele é apenas um de seus desdobramentos[62]. Ademais, foi através das construções sociais, e da repetição de padrões artificialmente moldados, baseados no androcentrismo, que a dominação masculina pôde se perpetuar; incorporando-se à cultura da maioria dos povos, e desvelando os seus reflexos por meio da violência de gênero. Depois, foram analisados alguns dos principais desdobramentos da supremacia masculina no Brasil e no mundo, quais sejam, o surgimento do Estado Moderno; a divisão sexual do trabalho; as evidências da contribuição do Estado e do Direito para a promoção da desigualdade entre os gêneros; e, a violação dos direitos fundamentais das mulheres, causada pela prática violência de gênero. Desse modo, restou evidente que a cultura da supremacia masculina ainda exerce grande influência sobre Estado e sociedade, que, por vezes, a legitimam e reproduzem, contribuindo para a sua perpetuação[63].

No tópico seguinte, investigou-se se há relação entre a Democracia e os dos Direitos Fundamentais. Por meio dele, inferiu-se que existe uma relação direta

---

61 Quando as políticas públicas promovem a igualdade de tratamento entre os gêneros e possibilitam que os Direitos Fundamentais e a cidadania feminina se concretizem; elas atuam como instrumento de justiça social, e possibilitam que a igualdade formal entre os sexos, prevista na CF/88, se materialize no mundo concreto.

62 A desigualdade entre os sexos tem as suas raízes na divisão e classificação dos gêneros. Como tal divisão já existia antes do patriarcado (sociedades matriarcais), depreende-se que ele é apenas um de seus desdobramentos.

63 Mesmo após transição democrática, com a CF/88, a violência de gênero ainda é uma realidade. A mera previsão legal de direitos, não se mostra uma medida suficiente à efetivação da igualdade entre os sexos.

de interdependência entre ambos, pois, um não existe plenamente sem o outro. Dessa forma, quando o Brasil não previne a prática da violência de gênero, os direitos fundamentais das mulheres são violados, com respaldo de quem deveria protegê-los. Isso é um desrespeito à Constituição e uma ofensa à democracia. Também foi objeto de análise a forma como o Estado restringe o exercício da cidadania feminina. Por meio dela, compreendeu-se que devido à influência exercida pela cultura da supremacia masculina sobre o Estado, as mínimas condições necessárias a inserção das mulheres na política, não são proporcionadas; restringindo o exercício de sua cidadania feminina, e impedindo que elas lutem pela efetivação de seus direitos. Com isso, os pressupostos democráticos deixam de ser cumpridos, e a democracia de esmaece.

Em seguida, as Políticas Públicas foram apresentadas como a possível solução para o problema presente na perpetuação da violência de gênero, e no esmorecimento da democracia. Foi possível inferir que a implementação de tais medidas, a partir de uma abordagem interseccional, é essencial ao enfrentamento da violência de gênero, ao fortalecimento da democracia, e ao combate das desigualdades sociais existentes entre os gêneros.

Por fim, foram analisados dados referentes à prática da violência de gênero durante a pandemia. Este período de calamidade pública, ressaltou a importância das políticas públicas para a proteção das parcelas mais vulneráveis da população. Evidenciando a importância da implementação dessas medidas, e como elas são o instrumento adequado e necessário ao enfrentamento da desigualdade entre os gêneros. Pois, quando combatem a desigualdade entre os sexos, restabelecem as condições necessárias à luta das mulheres pela efetivação de seus Direitos Fundamentais, e ao exercício de sua cidadania; atuando como instrumentos de justiça social. Como resultado, a democracia se fortalece e a violência de gênero deixa de ser uma constante realidade. Tais resultados são benéficos a toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-defeminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em: 13 jul. 2020.

AKOTIRENE, C. *Interseccionalidade*. São Paulo: Sueli Carneiro: Pólen, 2019, 152p.

ALMENDRA, J. C. Reflexiones sobre el concepto de inclusión social. Una propuesta desde la teoría feminista para el estudio de las políticas públicas. *Política y Sociedad*, Madrid, v. 54, n. 2, p. 353-375, 2017. Disponível em:<https://revistas.ucm.es/index.Php/POSO/article/view/ 52735>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BEAUVOIR, S. de. *O segundo sexo I. Fatos e mitos*. Trad. S. Milliet. 4. ed. São Paulo: Difel, 1970, 309p., v. 1.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. C. N. Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 212 p., 7. tirag.

BOBBIO, N. *Igualdade e Liberdade*. Trad. C. N. Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, 96p.

BOBBIO, N. BOVERO, M. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. C. N. Coutinho. 4. ed. São Paulo: Brasiliense SA, 1996, 181p.

BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Trad. M. H. Kuhner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, 160p.

BUTLER, J. *Problemas de gênero:* feminismo e subversão da identidade. Trad. R. Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, 237p.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Crescem denúncias de violência doméstica*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/661087-crescem-denuncias-de-violencia-domestica-durante-pandemia>. Acesso em: 13 jul. 2020.

CLEMENTE, A. J.; BRITES, C. M. A violação dos Direitos Fundamentais, igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e à vida no contexto da violência contra a mulher. *VI Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia*, [*S.l.*], 2018. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/10623>. Acesso em: 13 jul. 2020.

COSTA, M. R. A. N. da. Patriarcado, violência, injustiça – sobre as (im)possibilidades da democracia. *Debate Feminista*, México, v. 54, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0188947817300300>. Acesso em: 28 maio 2020.

CRENSHAW, K. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. *Revista de Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, jan. 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2002000100011/8774>. Acesso em: 12 set. 2020.

DAVIS, A. *Mulheres, raça e classe*. Trad. H. R. Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, 262p. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4248256/mod_resource/content/0/Angela%20Davis_Mulheres%2C%20raca%20e%20classe.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

INSTITUTO SANTOS DUMONT. *O terror na quarentena*. Disponível em: <http://www.institutosantosdumont.org.br/2020/04/23/violencia-contra-a-mulher-dispara-na-quarentena-saib a-onde-denunciar/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. *Feminismo e Política:* uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014, 165p.

MIGUEL, L. F. Política de interesses, política do desvelo: Representação e "singularidade feminina". *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 253-267, 2001. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2001000100015>. Acesso em: 08 jun. 2020.

NASCIMENTO, A. R. do.; ALVES, F. de B. Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise de proteção de direitos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Minas Gerais, v. 36, n. 2, p. 363-388, 2020. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/conteudo/artigos/253d662f007df83c7121db9f4db7371c.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020.

PARADIS, C. G.; MATOS, M. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 43, p. 57-118, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0057.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

PATEMAN, C. *O contrato sexual*. Trad. M. Avancini. São Paulo: Paz e Terra, 1993, 345p.

RIBEIRO, D. *Simone de Beauvoir e Judith Butler:* aproximações e distanciamentos e os critérios da ação política. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Paulo. Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, [*S.l.*], 2015.

SANTIAGO, R. A.; COELHO, M. T. A. D. A violência contra a mulher: antecedentes históricos. *Revistas UNIFACS*, v. 11, n. 1, p. 1-19, 2007. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/313>. Acesso em: 28 maio 2020.

SANTOS, C. D. A representação da mulher à luz da legislação brasileira. *Periferia:* Educação, Cultura & Comunicação, v. 10, n. 2, p. 239-257, 2018. Disponível em: <https://w ww.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/29836>. Acesso em: 13 jul. 2020.

SILVA, B. C. de S. L. e. *Patriarcado e Teoria Política Feminista:* Possibilidades na Ciência Política. 2019. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, [*S.l.*], 2019.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, 935p.

SILVEIRA, M. L. da. Políticas públicas de gênero: impasses e desafios para fortalecer a agenda política na perspectiva da igualdade. *In:* Godinho, Tatau; Silveira, M. L. da (orgs.). *Políticas públicas e igualdade de gênero*. São Paulo: Cadernos da Coordenadoria Especial da Mulher, 2004, p. 65-76.

VINCI, L. V. D. *A relação entre democracia e direitos e garantias fundamentais*, 2017. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, [*S.l.*], 2017.

Data de recebimento: 22/09/2020

Data de aprovação: 06/10/2020

DIREITO E ARTE: EM DEFESA DO "FEIO" NA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA

LAW AND ART: IN DEFENSE OF THE "UGLY" IN THE FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION

Fernanda Nunes Barbosa[*]
Michelli Linhares de Bastos[**]

RESUMO

O artigo objetiva analisar o direito à liberdade de expressão artística sob uma ótica jurídica e filosófica, a partir dos estudos de Arthur Danto, filósofo que estudou a arte além do campo estético, analisando-a por um olhar filosófico. Constata-se que a arte assim compreendida é construída em um momento histórico-social específico, o que representa uma "libertação" para a arte. Considerando haver no Brasil uma diversidade de produção artística resultante de seu multiculturalismo, faz-se importante a reflexão sobre como algumas expressões artísticas são classificadas como "feias" por grupos de elite, levando-as à marginalização. Utilizando metodologia hipotético-dedutiva de caráter bibliográfico e exploratório, em um primeiro momento são abordados aspectos mais teóricos deste direito fundamental e humano para, em um segundo momento, apresentar-se as formas artísticas específicas do rap, do funk, do grafite e da pichação, cuja produção é, muitas vezes, silenciada e criminalizada, relegando-as e restringindo-as a seus grupos de identificação.

Palavras-chave: Liberdade de expressão artística. Artes periféricas. Filosofia da arte.

---

[*] Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestra em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professora de Graduação em Direito e de Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter. Editora da Série *Pautas em Direito*, da Arquipélago Editorial. Advogada. E-mail: fernanda@tjnb.adv.br.

[**] Mestranda em Direito com ênfase em Direitos Humanos pela UniRitter. Graduada em Direito pela Faculdade Inedi. Licenciada em Letras – Português, Inglês e Literatura pela FAPA. Especialista em Gestão de Projetos e Supervisão Escolar pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. E-mail: mlinharesdebastos@gmail.com.

ABSTRACT

The article aims to analyze the right to freedom of artistic expression from a legal and philosophical perspective. From the studies of Arthur Danto, philosopher who started to structure his philosophy of art under the idea that art was no longer in the aesthetic field, deserving a philosophical look. It appears that art so understood is built on a specific historical-social moment, which represents a "liberation" for art. Considering that there is a diversity of artistic production in Brazil which is a result of its multiculturalism, it is important to reflect on how some artistic expressions are classified as "ugly" by elite groups pushing them towards marginalization. The work used a bibliographical and exploratory deductive hypothetical methodology. Firstly the theoretical aspects of this fundamental human right are approached, and so, at a second moment, it presents the specific forms of art – rap, Brazilian Funk, and graffiti, whose production is often silenced and criminalized, relegating and restricting them to their identity groups.

Keywords: Freedom of artistic expression. Peripheral arts. Philosophy of art.

INTRODUÇÃO

O legislador constituinte de 1988 reconheceu, após um período ditatorial de mais de duas décadas, a importância de uma sociedade pluralista, a qual revela, também, um pluralismo cultural. Diante disso, há uma ruptura com a ideia de unidade (e correção) de valores entre os homens, havendo a valorização da heterogeneidade cultural[1].

O respeito pela diversidade passa pela superação de uma série de conceitos, como o de "feio", por exemplo, que representa tudo aquilo que é de aparência desagradável. Dentro dessa ordem de ideias – e guardadas as devidas proporções – o mesmo ocorre com o conceito de obsceno, "fato de natureza sexual publicamente praticado e gravemente ofensivo ao pudor"[2]. Em ambos os casos, o que pode ser desagradável (ou gravemente ofensivo ao pudor) para alguém pode ser objeto de identificação de outrem. Numa sociedade que se pretenda pluralista, "valores diferentes devem harmonizar-se conforme o princípio de um valor maior, que se fundamenta no reconhecimento da realidade do pluralismo social"[3]. Embora possa haver – como de fato há – conflitos na valorização subjetiva desses conceitos, o fato a se atentar é o de que a arte, em si, é um valor positivo.

---

1 FERRAJOLI, Luigi. Universalismo de Los Derechos Fundamentales y Multiculturalismo. In: Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Unam, 2007, Roma. Anais. Roma: Universidad de Roma, 2007, p. 63.

2 LUNA, Everardo da Cunha. A arte e o obsceno. *Fascículos de Ciências Penais*, ano 3, v. 3, n. 4, p. 60-66, out./dez., 1990, p. 61.

3 LUNA, Everardo da Cunha, *op. cit.*, p. 61.

Fianco explica que a expressão "fim da arte" surgiu com Hegel, no início do século XIX, tendo como base a racionalidade na análise da arte, havendo uma desvinculação do critério de beleza, de representação fiel da realidade, fazendo com que "a morte da arte fosse, no fundo, a sua libertação"[4].

No entanto, essa "libertação" não se dá de maneira absoluta, pois a arte continua vinculada com o contexto histórico no qual está inserida. Os critérios de valor estético deixaram espaço para uma arte livre que é olhada por meio da cultura de uma sociedade, levando a arte a um patamar filosófico. Danto entende que um contexto pluralista exige uma crítica de arte pluralista, que não pode limitar-se a narrativas históricas excludentes[5]. A visão filosófica da arte não seria somente uma superação da questão estética, mas uma visão que considera o contexto histórico (e suas exclusões) para uma análise política da produção artística.

A concepção pós-moderna de incentivo artístico trouxe apoio à cultura em um viés de igualdade, ou seja, por meio da compreensão de que as leis do mercado e as demandas de produções artísticas não são suficientes para o entendimento da arte[6], afinal há uma pluralidade de manifestações artísticas resultante da heterogeneidade cultural, que jamais deve significar divisão, desagregação, mas sim o reconhecimento de que somos, enquanto pessoas e produtoras de sentido numa dada realidade, diversos. Esse pluralismo, juntamente com a globalização, permite a existência simultânea de diversidades artísticas para as quais não cabe mais um critério meramente estético.

Há dois argumentos para a superação do critério meramente estético. O primeiro é que o multiculturalismo impede que haja uma homogeneidade no conceito do que seria esteticamente artístico. Sen considera o multiculturalismo importante para que a pessoa possa se tornar quem deseja ser, sem que haja ingerências. Nesse sentido, o multiculturalismo dialoga com a ideia de liberdade, pois não havendo a imposição de uma tradição vigente, o indivíduo estaria aberto a uma série de possibilidades, mudanças e descobertas[7]. Mesmo que Sen realize essa análise do multiculturalismo sob a perspectiva da liberdade quanto a heranças culturais, seu pensamento é pertinente, pois a arte é construída dentro e como expressão das culturas de cada época. O segundo argumento é no sentido de que a arte passou a ter um viés filosófico, sendo necessária uma análise histórico-social que é atravessada pela questão da liberdade de expressão.

---

4 FIANCO, Francisco. *Após o fim da arte de Arthur Danto*. História: Debates e Tendências, v. 12, n. 2, p. 377-382, jul./dez., 2012, p. 382.

5 DANTO, Arthur. *Após o fim da arte:* a arte contemporânea e os limites da história. São Paulo: Odysseus-Edusp, 2006, p. 166.

6 COWEN, Tyler. *In praise of Commercial Culture*. Havard: University Press, 2000, p. 36.

7 SEN, Amartyan. *Identidade e violência:* a ilusão do destino. São Paulo: Iluminuras, 2015, p. 206-208.

Assim, este artigo tem como base as reflexões de Arthur Danto e sua filosofia artística e como ponto de análise o direito humano e fundamental à liberdade de expressão, em especial no que tange à liberdade artística. Após essa contextualização, busca-se uma aplicação desta base teórica para o caso das artes de periferia no Brasil, que são exemplos de como uma análise filosófica da arte faz-se necessária em contextos de diversidade de identidades culturais que criam formas de arte valorizadas em detrimento de outras, supostamente inferiores e, por isso, menosprezadas e marginalizadas.

Arthur Danto e a superação do conceito de estética

Um dos filósofos mais importantes do séc. XX, a despeito de seu reconhecido apoio ao Nazismo e a tudo que ele representou em termos de hegemonia e de violação aos direitos humanos mais essenciais, foi o alemão Martin Heidegger. Na obra "O ser e o tempo", analisou que o sentido do nosso ser está atrelado ao tempo, portanto o ser humano é essencialmente temporal. Cada indivíduo nasce em um contexto histórico particular que já existia antes dele. Nesse sentido, o tempo não é uma mera medida de movimento. Para o filósofo, o tempo é uma passagem que constitui o existir humano, assim, não estamos no tempo, mas somos o próprio tempo. Cada um de nós é esse momento, pois a passagem do tempo, as mudanças, as transformações, são vividas por cada sujeito.

A análise temporal no campo artístico foi realizada por Hegel, em seus Cursos de Estética. O autor entendia o ser humano como fruto de seu tempo, fato que leva a evolução da arte a ser resultado do espírito[8] de um determinado povo. Hegel[9] classificou as formas históricas da arte em simbólica, clássica e romântica, sendo que a partir da moderna era romântica a arte teria se tornado algo do passado. Tal concepção não quer dizer que a arte acabou, mas que, segundo Hegel, passou a ser uma contemplação intelectual e não mais algo externo aos indivíduos[10].

Ainda tratando de história da arte e sua relação com a beleza, recorde-se o pintor grego Zêuxis, que era conhecido por pintar uvas tão realistas que até os pássaros tentavam bicá-las. Por muito tempo, a tentativa de imitação da realidade foi um dos critérios de avaliação artística (no terreno das artes plásticas)[11].

---

8 A palavra "espírito" é utilizada por Hegel para tratar a consciência do mundo, ou seja, a propriedade de auto diferenciação entre o ser nele mesmo (caráter subjetivo) e o outro de si mesmo (caráter intersubjetivo).

9 HEGEL, G. W. F. *Cursos de Estética*, v. 1. Tradução de Marco Aurélio Werle. São Paulo: Edusp, 1999, p. 34.

10 HEGEL, G. W. F., *op. cit*., p. 13.

11 WÖLFFLIN, Heinrich. *Conceitos Fundamentais da História da Arte*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 18.

O surgimento da fotografia e da arte digital fizeram tal critério perder muito de sua força. Inegável é a questão técnica de imitação da realidade. Questionável é sua relevância de análise artística em um viés filosófico como o proposto no contexto de multiculturalismo atual. O multiculturalismo nas artes apresenta um "caráter engajado e intervencionista, definido pela experiência social do artista [...] os artistas falam de um lugar, que é o dos não wasp [white anglo--saxon protestant/anglo-saxão branco protestante]"[12].

Interessante ressaltar que o multiculturalismo defendido por Sen, e já referido neste artigo, também revela que a concepção de identidade única é danosa não só no contexto social, mas também na esfera individual, afinal cada sujeito possui em si uma multiplicidade identitária que pode ser explorada, ampliada e aprofundada por meio das manifestações artísticas[13].

Diante dessas questões, Arthur Danto, filósofo e crítico de arte norte--americano, passou a estruturar sua filosofia da arte, partindo da ideia de que a arte não estava mais no campo estético[14], merecendo um olhar filosófico. Tal convicção tem como base o essencialismo histórico[15]. Danto acredita que a arte não deve mais ser estudada por meio de critérios de separação estéticos, mas por meio de uma compreensão histórica da arte. Essa percepção da arte é especialmente importante para o Direito.

Danto[16] sugere que a obra de arte é um "veículo de representação que corporifica seu significado". Nessa esfera, encontramos o cerne da filosofia da arte, pois a arte não é mera contemplação estética, ela é o próprio veículo de representação temporal do momento em que o artista vive. A perspectiva filosófica da arte busca a compreensão dos sentidos expressos por meio da obra, um olhar além da estética. Havendo análise estética essa será na busca pela construção do significado e não pela mera aplicação de técnicas.

A transposição da crítica artística do campo estético para a filosofia artística baseia-se na transposição da teoria da imitação para a teoria da realidade. Danto[17] critica a arte como mera imitação, analisando que "se arte é uma espécie de reflexo, então imagens espelhadas também são arte". Ressalta-se que a teoria da realidade desenvolvida por Danto engloba a possibilidade de imitação da arte,

---

12 ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras. Disponível em: <https://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo3186/multiculturalismo>. Acesso em: 10 jul. 2020.

13 SEN, Amartyan, *op. cit.*, p. 193-194.

14 Estético, na análise alemã, tem relação com "sensação", sendo o estudo das sensações que as obras artísticas podem causar (agrado, admiração, temor, compaixão, por exemplo).

15 OLIVEIRA, Rachel Cecília de. Arthur Danto e a experiência estética. *Kriterion: Revista de Filosofia*, v. 59, p. 255-269, jan. 2018, p. 256.

16 DANTO, Arthur, *op. cit.*, p. 10.

17 DANTO, Arthur. O Mundo da Arte. *In: O que é Arte?* A perspectiva analítica. Trad. Carmo D'Orey. Lisboa: Dinalivro, 2007, p. 83.

mas vai além, buscando compreender os artistas não como meros imitadores de formas reais, mas como criadores de novas formas[18].

Danto[19] explica que a partir do Modernismo, a arte deixou de ser contemplativa e assumiu um caráter político. Nesse interim, a beleza deixou de ser necessária e suficiente na obra artística, passando a haver uma interpretação filosófica. Dessa maneira, as propriedades intrínsecas das obras foram abandonadas na questão de definição da arte[20], ficando a estética em segundo plano, cedendo lugar à filosofia da arte. Para Danto[21], a filosofia está ligada com o conceito de representação, ou seja, como os seres humanos representam o mundo, suas histórias. Essas representações formam sistemas que revelam a imagem de mundo de um determinado tempo.

Esse entendimento de que "toda arte é representacional, e por isso mesmo passível de uma espécie de análise semântica, e de que o formalismo é inadequado como filosofia da arte"[22], sintetiza o pensamento dantoniano de que a análise da arte ultrapassou questões formais internas ligadas à estética, passando a uma observação ontológica. A arte traz representações que possuem significados a serem pensados, questionados, criticados e não meramente contemplados. Um bom exemplo pode ser extraído de Luna e sua análise da arte e o obsceno, ao afirmar, há exatos 30 anos, que "uma coisa é uma obra obscena; outra, uma obra que estuda ou representa o *obsceno*". E segue: "[...] Também a *arte*, que procura representar a *virtude*, pode falhar em sua representação, viciando-se senão pela obscenidade, talvez pela hipocrisia"[23].

O direito de liberdade de expressão artística

"A coruja de minerva levanta voo somente ao entardecer". A famosa frase de Hegel é uma reflexão sobre o modo como a filosofia surge em momentos sombrios. Tal metáfora também pode ser aplicada aos direitos ligados à liberdade de expressão. O século XIX presenciou o surgimento dos meios de comunicação em massa (imprensa diária, rádio) e com eles o surgimento da censura clássica. Essa censura conceitua-se pelo "controle e interdição da produção

---

18 DANTO, Arthur, *op. cit.*, 2007, p. 84.

19 DANTO, Arthur**.** *O Abuso da Beleza:* a estética e o conceito de arte. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2015.

20 Embora seja uma tarefa hercúlea (e talvez impossível) definir o que seja a arte a partir de uma estrutura, pode-se defini-la a partir de sua função e, nesse sentido, se por um lado afirma-se que a arte, em si, é um valor positivo, por outro pode haver *abuso da arte*, como de resto qualquer direito pode perder a qualidade de merecedor de tutela nos termos do art. 187 do Código Civil brasileiro (ato ilícito por abuso do direito).

21 DANTO, Arthur. *A Transfiguração do Lugar-Comum*. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 04.

22 DANTO, Arthur, *op. cit.*, 2010, p. 11.

23 LUNA, Everardo da Cunha, *op. cit.*, p. 63.

simbólica[24] por órgãos estatais, que ameaçam punir os produtores, em nome da estabilidade e da ordem social". Diante dessa restrição, o direito à liberdade de expressão, que foi mencionado, pela primeira vez, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (ainda no século XVIII, portanto), como um direito inalienável do ser humano, ganha relevância crescente[25].

As análises antes feitas sobre a filosofia da arte defendida por Arthur Danto reforçam a importância ora defendida da luta pelo direito à liberdade de expressão artística, tendo em vista que: a) a arte é um instrumento de representação pelo qual os sujeitos registram suas imagens do mundo; b) mecanismos impeditivos de produção artística levariam ao estabelecimento de critérios sobre o que seria artisticamente aceitável e, conforme exposto, em um contexto plural esses critérios não são possíveis. Abordaremos na sequência as possibilidades legais e fáticas de limitação ao direito de liberdade de expressão.

A liberdade de expressão como direito humano encontra amparo no art. 13, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O dispositivo prevê que "toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão". Esse direito engloba tanto o caráter de difundir ideias e informações quanto o de poder buscá-las. A convenção cita expressamente a forma artística como um dos meios de concretização do direito à liberdade de pensamento e expressão.

Ainda no art. 13, está prevista a proibição da censura prévia, havendo a previsão de possibilidade de responsabilização posterior, considerando questões de reputação e proteção da segurança, saúde e ordem públicas. Portanto, é vedado aos países signatários da Convenção a elaboração de mecanismos legais de censura prévia, além dos Estados não poderem restringir o direito de liberdade de expressão por meios indiretos como o controle da imprensa.

O art. 13 prevê as hipóteses nas quais o direito à liberdade de expressão e pensamento será mitigado. Essas hipóteses são baseadas exclusivamente na proteção moral da infância e adolescência (aqui sendo possível censura prévia de espetáculos públicos) e a proibição de "toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência".

---

[24] Nesse sentido, a teoria geral dos signos desenvolvida por Charles Pierce faz-se interessante para a análise das artes. O signo pode ser analisado por ele próprio (exemplo: o desenho de uma flor é reconhecido como uma flor); por aquilo que ele representa (a flor é a ideia e o desenho sua representação, a forma de comunicar a ideia); pelos efeitos que produz (no contexto em que está inserida, o que a flor representa). A semiótica busca estudar a construção dos significados que os signos produzem. PUPPI, Alberto. *Comunicação e semiótica*. Curitiba: Intersaberes, 2012, p. 113-121.

[25] COSTA, Maria Cristina Castilho; SOUSA JÚNIOR, Walter de. Censura e pós-censura: uma síntese sobre as formas clássicas e atuais de controle da produção artística nacional. *Políticas Culturais em Revista*, v. 11. Salvador, v. 11, n. 1, p. 19-36, jan./jun., 2018, p. 27.

As previsões expressas nesse instrumento de *hard law*[26] são percebidas na *ratio decidendi* dos casos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A jurisprudência interamericana tem enfatizado a interpretação estrita da proibição da censura, analisando mecanismos que servem como controle prévio da expressão e as restrições indiretas praticadas por autoridades ou particulares que representam mecanismos sutis com efeito de "inibição, repressão ou silenciamento da livre expressão"[27].

A jurisprudência da Corte compreende que somente devam ser limitados os discursos que promovam apologia à violência e que atentarem gravemente contra os direitos humanos, como a incitação ao ódio por motivos discriminatórios, a propaganda de guerra e a pornografia infantil. As limitações à liberdade de expressão devem ser poucas e pontuais, pois esse direito é fundamento das sociedades democráticas.[28]

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confere caráter de direito fundamental à liberdade de expressão, ao prever no art. 5º, inciso IV, que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Ainda, no art. 5º, temos no inciso IX a previsão da liberdade artística: "**é livre a expressão da atividade** intelectual, **artística**, científica e de comunicação, **independentemente de censura ou licença**" (g.n.).

Ainda no texto constitucional, no art. 220, há a proteção à manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou veículo, sendo vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. O art. 220 traz um direito subjetivo que se articula com o dever estatal de garantir o exercício dos direitos culturais e de proteção do patrimônio cultural brasileiro (arts. 215 e 216, CF/88). A dimensão subjetiva e estatal de amparo à cultura garantiu ao texto constitucional de 1988 um viés de "Constituição Cultural", que traz os meios de expressão artística e cultural como caminhos para a democracia econômica e social, valorizando as questões de identidade[29].

---

[26] Entende-se por *hard law* os instrumentos de direito internacional que podem ser feitos cumprir pelos organismos internacionais devido ao seu processo de aprovação.

[27] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Uma agenda continental para a defesa da liberdade de expressão*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09, 25 fev. 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140407%20-%20PORT%20OEA%20Unesco%20-%20Uma%20Agenda%20Continental%20para%20a%20Defesa%20da%20Liberdade%20de%20Expressao%20adjus.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

[28] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de princípios sobre liberdade de expressão*. Washington, DC/EUA, out. 2000. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

[29] DIAS, Eduardo Rocha. Exigência de Inscrição em Ordem ou Conselho Profissional e Exercício de Profissões Artísticas: O *Topos* Argumentativo da Potencialidade Lesiva a Interesses, Bens e Direitos da Coletividade. *Políticas Culturais em Revista*, 1(6), p. 193-206, 2013, p. 194.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451, o ministro relator Alexandre de Moraes expressa um entendimento importante, ao sustentar que o direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona apenas às opiniões consideradas verdadeiras, admiráveis ou convencionais, englobando, do mesmo modo, as duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas ou não compartilhadas pelas maiorias[30].

Portanto, a liberdade de expressão, principalmente a artística, não pode estar vinculada a questões de aceitabilidade, estética, bom gosto. Primeiramente, pelo motivo já exposto aqui de que em um contexto multicultural o que pode ser desprezível ao olhar de alguém pode ser parabenizado ao olhar de outrem. Em segundo lugar, porque a liberdade de expressão é um direito humano e fundamental no sentido de expressar e acessar a diversas ideias e opiniões, sendo que a arte é representação dessa diversidade. Uma obra artística condenável sob algum aspecto pode ter a capacidade de suscitar diversas análises sobre a imagem de mundo de um grupo de sujeitos, configurando, assim, um momento filosófico artístico.

A manifestação artística também envolve a questão da liberdade profissional que engloba os artistas. No art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, temos reconhecido o direito à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a profissão de artista não pode estar condicionada a registro ou inscrição em ordem ou conselho profissional, tendo em vista que além de liberdade profissional também envolve o direito fundamental de liberdade de expressão artística[31].

A pluralidade existente na sociedade não só envolve as inúmeras possibilidades artísticas como também a oportunidade de que um artista se manifeste por meio de diferentes expressões artísticas. Não há uma necessidade de enquadramento em categorias clássicas como "pintor", "músico" ou "poeta". Hegel utilizou o exemplo dos judeus do *shtetl* para tratar sobre essa liberdade do artista em transitar nos vários meios de expressão artística. Os judeus do shtetl foram um grupo excluído da sociedade russa czarista que viviam de modo miserável, entre metade do século XIX e a Primeira Guerra Mundial. Muitos manifestavam-se artisticamente, principalmente pela música, de modo a ter uma vida mais alegre diante das adversidades.

---

30 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451*. Distrito Federal. Rel. Ministro Alexandre de Morais. Julgada em 21/06/2018. DJe 01/03/2019.

31 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 183. Distrito Federal. Rel. Ministro Alexandre de Morais. Julgada em 27/09/2019. DJe 12/11/2019.

Os judeus do *shtetl* nos remetem à clássica frase de Nitzsche: "A arte existe para que a realidade não nos destrua". O uso da arte como meio catártico[32] revela que a liberdade de expressão artística ultrapassa as questões de direito, pois traz consigo um meio pelo qual os indivíduos representam suas visões de mundo e por meio dessas representações libertam-se das dores existentes em suas realidades, sendo a arte inclusive um meio de transformação dessa realidade. A liberdade de manifestação artística é, portanto, uma forma de construção de dignidade, um direito humano.

Conforme exposto, percebendo a relação do ser humano com o tempo, consoante a concepção de Heidegger, o indivíduo é o momento no qual vive. Stuart Hall[33] analisa as três concepções de identidade dos sujeitos: a) o sujeito do Iluminismo, dotado de razão, para quem o centro essencial do "eu" era a identidade de uma pessoa; b) o sujeito sociológico, como aquele formado por meio das relações entre as pessoas e a cultura do mundo em que vive; c) o sujeito pós-moderno, conceituado como aquele que não possui uma identidade fixa, essencial ou permanente, formada continuamente pelos sistemas culturais que nos rodeiam.

O contexto multicultural revela, dessa maneira, não apenas uma coexistência de diversas culturas, mas indivíduos com identidades transitórias que se transformam permanentemente conforme os contatos com a realidade histórico-social. Durand[34] analisa que o pensamento ocidental é transpassado pela ideia do "adulto branco civilizado" separado das demais culturas. Em se tratando de arte, esse imaginário constrói o conceito de homem cultural como aquele que visita museus, conhecendo obras de arte famosas. Assim, a arte ligada a museus revela-se uma concepção ultrapassada.

Muitas vezes, falar em arte nos remete a museus. Danto analisa que as obras de museu são destinadas a um seleto grupo com condições financeiras e culturais que se identifica com as obras lá expostas. Assim, a pluralidade traz um consequente desinteresse pelos museus, não pelo fato das pessoas não terem interesse pela arte, porém por não terem interesse naquela arte oferecida pelos museus[35].

A arte não está mais fechada dentro dos museus, pelo contrário, a arte ocorre em meios diversos, por agentes com identidades mutáveis que registram suas representações de mundo. Há um direito de liberdade artística e há um momento temporal propício para uma análise filosófica da arte.

---

32 Para Aristóteles, o teatro tinha para o ser humano a capacidade de libertação, pois quando via as paixões representadas, conseguia delas se libertar.

33 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: D&PA, 2006, p. 10 e seg.

34 DURAND, Gilbert. *O imaginário*. São Paulo: Difel, 1998, p. 34.

35 FIANCO, Francisco, *op. cit*., p. 381.

Luz realiza uma análise interessante de que existe um medo do desconhecido, do fantasma da pluralidade e da diversidade, havendo na cultura ocidental uma falácia de racionalidade que desacredita as formas indiretas de conhecimento[36] e também, podemos estender, do que venha a ser arte. Há, portanto, pulsões plurais de cultura, mas há também estranhamentos aos produtos culturais produzidos quando são comparados sob o manto da estética. Assim, as artes periféricas do Brasil são resultado de cada momento histórico. Todavia, a pluralidade sofre – como sempre sofreu – estigmas, havendo uma relativização da liberdade de expressão alcançada há pouco mais de dois séculos no ocidente.

As artes periféricas no Brasil

Nietzsche, ao analisar as questões de análise de julgamento, conclui que:

> Foram os próprios "bons", os homens nobres, os poderosos, aqueles que ocupam uma posição de destaque e têm a alma elevada que julgaram e fixaram a si e a seu agir como "bom", ou seja, "de primeira ordem", em oposição a tudo o que é baixo, mesquinho, comum, plebeu[37].

Assim como as questões morais, a arte também passa pelo julgamento do que é "bom". Os critérios desse julgamento são construídos ao longo da história pelas elites ou, nas palavras de Nietzsche, pelos poderosos.

Valladares traz importante contribuição ao analisar as situações de pobreza, principalmente urbana, no Brasil. Na década de 1960, o termo "baixa renda" passa a ser utilizado como critério para se classificar a pobreza, sendo esse critério utilizado para alocação de recursos por parte do Estado. Acompanhando esse movimento, há o crescimento da população urbana e as políticas públicas que buscavam eliminar as favelas, realizando o deslocando da população para as "bordas" das cidades, ou seja, as periferias. Esse sujeito passa a ser visto como o "morador de periferia", um produto da pobreza urbana marginalizada. A década de 1970 traz uma nova concepção no mundo do trabalho, como os termos "formalidade" e "informalidade". Os trabalhadores da periferia passam a ser reconhecidos como "trabalhador por contra própria", ou seja, o exercício de trabalho informal que muitas vezes foi confundido como "vadio" ou até mesmo "bandido"[38].

---

36 LUZ, Annelena Silva da Luz. *Proibidão e Ostentação:* a simbólica do funk. 2017. (Dissertação) Mestrado em Comunicação e Informação. Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2017, p. 22.

37 NIETZSCHE, Frederich. *A Genealogia da moral.* São Paulo: Escala, 2005, p. 25.

38 VALLADARES, Lícia. Cem anos pensando a pobreza (urbana) no Brasil. *In:* BOSCHI, Renato R. (org.). *Corporativismo e desigualdade:* a construção do espaço público no Brasil. Rio de Janeiro/São Paulo: IUPERJ/Vértice, 1991, p. 83-100.

Assim, o Brasil presenciou o surgimento e solidificação de estereótipos e preconceitos[39] em relação aos cidadãos moradores de locais periféricos. Esses estereótipos e preconceitos são refletidos na produção artística brasileira, quando é desconsiderado o valor artístico de produções identificadas como oriundas de periferias. Julgadas como de baixa qualidade, mau gosto, marginais e feias, as artes advindas das periferias brasileiras acabam sendo silenciadas por meios como a falta de incentivo financeiro, o pouco (ou nulo) espaço nos meios de comunicação e os discursos de desqualificação proferidos por grupos sociais que desrespeitam a produção artística da periferia.

O rap *e o* funk

Teperman, ao estudar as origens do *rap*[40], reflete que,

> a própria definição da palavra "rap" defende uma ideia: de que as letras de rap são poesia — em oposição a críticos conservadores, que fazem questão de reservar o privilégio da denominação "poeta" para autores que se filiem às tradições literárias canônicas, como William Shakespeare, W. H. Auden ou W. B. Yeats, apenas para ficar com nomes de língua inglesa[41].

A colocação de Teperman revela os traços de divisão existentes entre o que é considerado arte por críticos conservadores e o que não é, relegando-se tais expressões artísticas a um segundo plano, deslegitimando-as como arte. Teperman[42] analisa a origem negra e de rua do *rap* e o comprometimento dessa arte com questões sociais: "gestado nas festas de rua de bairros pobres e predominantemente negros, o *rap* é uma música que nasce marcada social e racialmente – e que faz dessas marcas sua bandeira".

No Brasil, o *rap* surge, nos anos 1970, misturado a outros gêneros musicais como disco e soul. A abertura política ocorrida com o fim do período ditatorial, nos anos 1980, traz um caráter politizado ao *rap* que, nos anos 1990, assume com força as questões envolvendo classe e raça, tendo o grupo Racionais MC's como grande nome dessa expressão artística[43].

---

39 Utilizamos aqui as definições de *estereótipo,* entendido como a construção mental que reúne instrumentos simbólicos que simplificam determinado grupo e permitem identificá-lo, e *preconceito*, como o julgamento de valor sem informações precisas sobre certo grupo ou pessoa, pelo qual se rebaixa os indivíduos por padrões do grupo do qual o avaliador pertence (MENDONÇA, 2012, p. 68).

40 A sigla RAP, de origem na língua inglesa, representa rhythm and poetry (ritmo e poesia).

41 TEPERMAN, Ricardo. *Se liga no som:* as transformações do rap no Brasil. São Paulo: Claro Enigma, 2015, p. 16.

42 TEPERMAN, Ricardo, *op. cit*., p. 07.

43 TEPERMAN, Ricardo, *op. cit*., p. 78.

Nos anos 2000, houve uma profissionalização das carreiras dos artistas do *rap*, além de novidades que aproximaram esse ritmo à tradição da música popular brasileira. Artistas do contexto atual como Emicida e Criolo construíram para o *rap* uma nova identificação, por meio de parcerias com artistas de outros gêneros que dirigiu para o *rap* um certo respeito de grupos não periféricos. Essa posição levou o estilo a tornar-se uma arte mais rentável e vista como profissional.

A breve contextualização do *rap* revela que realmente a arte é um mecanismo de representação do mundo no qual os indivíduos estão inseridos, conforme preceitua a filosofia da arte. Além disso, a origem e desenvolvimento do *rap* nas periferias trouxe a esse ritmo o estigma de arte secundária, não sendo comum vermos cantores de *rap* em especiais de fim de ano na televisão ou em espetáculos públicos promovidos por órgãos públicos. A certa popularização do *rap* ocorreu por sua aproximação com um ritmo considerado arte de qualidade que é a música popular brasileira.

Diferentemente do *rap*, que alcançou certo prestígio em alguns grupos não periféricos, o funk é uma forma artística ainda menosprezada por boa parte da população brasileira. Nas palavras de Luz[44], o funk "é negro, pobre e popular, e parece não combinar com as regras do dito correto, ou seja, branco, rico e de elite".

Mendonça[45], ao estudar Honneth[46], analisa que os *funkeiros* vivem um reconhecimento em dimensões do amor, pelo grupo próximo ao qual faz parte, grupo esse que possui identificação de idade, condição social e gosto pelo *funk*. O autor, por meio de entrevistas e músicas (obra artística) revela o quanto esse grupo pequeno e próximo confere grau de reconhecimento.

No entanto, há uma luta por reconhecimento fora desse pequeno grupo. Diante da sociedade, os *funkeiros* percebem-se como pessoas não bem vistas. Esse desrespeito recebido leva os *funkeiros* ao sentimento de não serem parceiros de interação com membros de grupos que não a sua pequena comunidade. Interessante destacar que a luta por reconhecimento está ligada à consolidação de

---

44 LUZ, Annelena Silva da Luz, *op. cit*., p. 22.

45 MENDONÇA, Vanderlei Cristo. *Impactos do funk na vida dos funkeiros:* reconhecimento na interação intragrupo; estigmatização e discriminação na relação extragrupo. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciências Sociais do Centro de Ciências Humanas e Naturais, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória/ES, 2012, p. 36-40.

46 Honneth analisa a questão do reconhecimento denegado que nasce do desrespeito. Ao apresentar Hegel e Mead, Honneth revela haver três níveis de reconhecimento centrados em: a) dedicação emotiva (relações amorosas e de amizade); b) reconhecimento jurídico (na intersubjetividade o sujeito percebe-se como ser de direitos e deveres assim como outro também o é); c) assentimento solidário (a capacidade filosófica do indivíduo em entender-se como parte do mundo que é algo muito maior que ele). HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora, 2009, p. 157-158.

estima social. Essa estima fundamenta-se na valorização das propriedades particulares que o caracterizam. Conforme Maffesoli[47], a nossa constituição ocorre por meio da relação com o outro, sendo, o ser sozinho, um vácuo.

Na pesquisa de Mendonça[48], há evidências de como dentro do seu grupo próximo de convivência os *funkeiros* desenvolvem traços de reconhecimento. Exemplo disso são os bailes *funks* nos quais esse grupo reforça sua identidade em um espaço "que põe todos em sintonia e equiparação horizontalizada". Os bailes *funks* são comuns dentro de comunidades periféricas e não em casas noturnas de classes altas, reforçando a ideia de que o *funk* possui valorização artística em um microcosmo.

Outro traço evidenciado por Mendonça[49] é de que a identidade construída no *funk* apresenta fluidez (e não seria esse um traço da identidade pós-moderna?). Assim, o *funk* e os *funkeiros* apresentam transformações identitárias de acordo com o lapso temporal vivido. Luz[50] estuda duas vertentes do funk: o "proibidão" e o "ostentação". Para a autora:

> Cada produto cultural existe para suprir uma determinada necessidade humana e, muito mais que isso, dar conta de comportar respostas que nunca virão para perguntas sempre frequentes em nossa essência. Para além de discutir o valor social e cultural do funk proibidão e do funk ostentação, é necessário entender que, como qualquer elemento cultural da nossa sociedade, assim como a arte, o funk também eclode como resposta a uma pulsão inerente ao próprio ser humano[51].

A análise da autora é importante para a reflexão de que a produção artística responde aos comportamentos mutáveis dos sujeitos. Essa mutabilidade traz a reflexão de que o próprio conceito de "feio" pode ser transitório para nós, pois se as identidades são mutáveis, por que os gostos não seriam?

Além disso, a autora explana que a vertente do *funk* ostensão é mais aceitável em grupos externos aos *funkeiros* do que o *funk* "proibidão". Este, por tratar de questões sexuais, sofre mais estigma e preconceito do que aquele que aborda o uso de dinheiro, de joias, de carros de luxo etc. Nas palavras da autora, o *funk* ostentação estaria em "sintonia com formas de coesão e padronização que fazem 'bem aos olhos do adulto branco civilizado' pela riqueza e pelo luxo"[52].

---

47 MAFFESOLI, Michel. *O ritmo da vida, variações sobre o imaginário pós-moderno*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007, p. 24.

48 MENDONÇA, Vanderlei Cristo, *op. cit.*, p. 90.

49 MENDONÇA, Vanderlei Cristo, *op. cit.*, p. 93.

50 LUZ, Annelena Silva da Luz, *op. cit.*, p. 19.

51 LUZ, Annelena Silva da Luz, *op. cit.*, p. 19.

52 LUZ, Annelena Silva da Luz, *op. cit.*, p. 19.

Mendonça verifica que é comum os *funkeiros* fazerem poses em fotos e vídeos realizando sinais de armas de fogo com os dedos. Para o autor, tal fato remete a uma autoafirmação de situação de poder. Na luta por reconhecimento, Honneth[53] analisa que na medida em que o sujeito é ignorado pelo seu defronte social, ele irá buscar dar-se a conhecer por meio de um processo conflituoso. A aceitação desse posicionamento não ignora dois pontos: a) para os grupos externos ao *funk*, os gestos imitando armas trazem relações do *funk* com o crime; b) entendendo haver uma apologia à violência, estaríamos diante de uma possibilidade de limitação da liberdade de expressão, conforme exposto neste artigo.

O primeiro ponto é refutável no sentido de que a expressão artística do *funk* teria liberdade para expressar-se independente dos juízos de valor de outros grupos. No entanto, o segundo ponto torna-se delicado. A apologia à violência representa afronta aos direitos humanos, sendo questionável essa expressão artística. A configuração ou não de uma postura de enaltecimento da violência por meio da expressão artística *funk* cabe um estudo específico e aprofundado que não é objeto deste artigo[54].

Por isso, a colocação de Ricoeur[55] de que a recusa de aprovação faz com que o indivíduo sinta-se "olhado de cima", sendo a privação de aprovação uma anulação do próprio sujeito, cabe na análise sobre ritmos musicais desenvolvidos à margem das elites. O *rap* e o *funk* são expressões musicais nascidas entre negros de periferia. Esse fato leva os dois gêneros a um nível de estigma, como sendo produções não dignas de reconhecimento artístico. Tal estigma reflete-se nas obras no sentido de busca por reconhecimento, de sentimento de esquecimento e necessidade de luta social.

O grafite e a pichação

Influenciado pelos movimentos artísticos de Nova York, o grafite surge em São Paulo no final da década de 1970. O termo "grafito" vem do italiano, que significa inscrição ou desenhos de épocas antigas, toscamente riscados em rochas e paredes. Há estudiosos que entendem ser possível falar em grafite desde a época das cavernas e, no Brasil, desde os primeiros habitantes indígenas. No entanto, o escopo deste artigo preocupa-se com o lapso temporal atual.

Na atualidade, uma das inquietações que gira em torno do grafite está na classificação entre arte e vandalismo. Além disso, a diferenciação entre os termos

---

53 HONNETH, Axel, *op. cit.*, p. 87.

54 Outro ponto que pode ser objeto de estudos futuros é o conteúdo sexual do funk diante de crianças e adolescentes, tendo em vista que há uma proteção para esse grupo para o consumo de arte.

55 RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. São Paulo: Loyola, 2006, p. 206.

grafite e pichação também trazem questionamentos interessantes no que se refere à liberdade de expressão artística e, principalmente, no uso do critério de "feio" nessas artes.

Souza[56] entende que grafite e pichação são formas de intervenção urbana e que a principal diferença está no fato desta estar ligada à escrita (privilégio da palavra e da letra) enquanto aquela é relacionada às artes plásticas (privilégio do desenho, da imagem). De outro lado, Ramos[57] compreende que a diferença entre as duas manifestações artísticas está no fato do grafite ter uma linguagem mais elaborada, com preocupações estéticas e sem pretensão de agredir o espaço urbano, enquanto a pichação não possui preocupação estética de forma nem de conteúdo.

Cascardo[58] pondera que na Europa e nos Estados Unidos não há uma diferenciação entre grafite e pichação, sendo que a questão da autorização prévia para a realização da arte é o que importa. Já no Brasil, a análise gira em torno da ideia de motivo artístico ou depredação. A autora realiza uma pesquisa dos termos "grafite" e "pichação" em jornais e constata haver uma maior institucionalização do primeiro, enquanto o segundo fica em notícias com menores critérios. O grafite conseguiu atingir níveis entre mulheres, regiões e reconhecimento técnico[59].

Assim, percebe-se que o grafite recebe um prestígio maior que a pichação[60], existindo, inclusive, linhas que definem grafite como a expressão artística em ambientes urbanos, enquanto a pichação seria vandalismo e sujeira. Tal percepção fica evidente na alteração realizada na Lei n. 9605, que trata de lesões ao meio ambiente. O texto original de seu art. 65 trazia como crime: "pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano". Em 2011, houve a alteração do texto para "Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano". Nota-se que o verbo "grafitar" foi retirado do tipo penal, permanecendo a pichação como ato criminalizado.

O crime está na lei sobre lesões ao meio ambiente, na seara de que a pichação seria uma poluição visual. Em metrópoles rodeadas por *outdoors*, cartazes publicitários e letreiros de grifes famosas em prédios de luxos, questiona-se essa

---

56 SOUZA, David da Costa Aguiar de. *Pichação carioca:* etnografia e uma proposta de entendimento. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Antropologia). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 28.

57 RAMOS, Célia Maria Antonacci. *Grafite, pichação & Cia*. São Paulo: Annablume, 1994, p. 50.

58 CASCARDO, Ana Beatriz Soares. *Grafite contemporâneo no Brasil:* da subversão à incongruência conceitual a serviço da "arte". Dissertação (Mestrado em Artes). Instituto de Artes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 32-33.

59 CASCARDO, Ana Beatriz Soares, *op. cit.*, p. 60-62.

60 Há inclusive o dia nacional do grafite: em 27 de março, dia de falecimento de Alex Vallauri (percursor do grafite no Brasil).

preocupação com uma suposta poluição visual. Nesse sentido, a crítica ácida de Oliveira faz-se pertinente:

> De todo modo, nossa educação estética nos fez, de certa forma, conviver melhor com aquilo que nos alcança em um sentido mais funcional, claro, e por que não, lucrativo. O perigo é que isso não dá conta, é urgente uma deseducação estética tendo em vista a inescapável quantidade de tropeços em outras estéticas[61].

Assim, o debate sobre o que é esteticamente aceitável retorna para o foco. Há um evidente conceito de estética que encontra amparo em ideais de beleza, baseados em moralizações estéticas. Em uma sociedade capitalista, esses critérios de moral estão conectados com as questões de comércio, sendo que propagandas não são consideradas poluição visual, mas parte do nosso cotidiano. Outro traço importante sobre a questão do lucro está no caráter contraventor, surpresa e gratuito do grafite e da pichação. Ramos[62] alerta que tais trabalhos não são encomendados ou pagos. No entanto, percebe-se que o grafite adquiriu um *status* comercial quando passa a ser visto em estampas de roupas, por exemplo, em modelo de grafite. Encontra-se também quadros comercializáveis, ou seja, o grafite fora dos muros da cidade.

No entendimento de Silva[63], há uma diferenciação estética e de contexto entre grafite e pichação, mas o que importa é o que aproxima ambas manifestações: o protesto, a intenção de transgredir o que é imposto pela sociedade. Tal pensamento vai ao encontro do que pensa Oliveira[64] ao afirmar que o que incomoda na pichação é a "capacidade de resistir às racionalidades tradicionais, de ser impassível de uma explicação, de ser incompreensível para um regime de verdades, para nossa matriz de conhecimento".

Há concepções por grupos de elite do que é legítimo e tudo que foge a essa legitimidade é considerado negativo. Oliveira[65] realiza uma análise interessante do argumento de pessoas de que "eu tenho direito de não ter muro pichado"; "eu tenho direito de não ouvir funk". Esse direito não parece ser observado quando todos são submetidos a propagandas em locais públicos ou a trilhas sonoras de telenovelas que revezam sempre os mesmos artistas e, consequentemente, mesmos gêneros musicais.

O questionamento de Silva é inquietante:

---

61 OLIVEIRA, Rachel Cecília de, *op. cit.*, p. 60.

62 RAMOS, Célia Maria Antonacci, *op. cit.*, p. 59.

63 SILVA, Lúcia Helena Ramos da. *Os sentidos de apropriação da cidade por jovens grafiteiros/as.* Dissertação (Mestrado em Psicologia). Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 39.

64 OLIVEIRA, Rachel Cecília de, *op. cit.*, p. 61.

65 OLIVEIRA, Rachel Cecília de, *op. cit.*, p. 79.

> Será que, ao condenar e ver os grafiteiros(as) ou pichadores e pichadoras como delinquentes e marginais, não estamos fechando nossos ouvidos e olhos para uma possibilidade de repensar o urbanismo nas cidades? Será que as cidades não estão deixando de ficar mais bonitas?[66]

Estendemos tais questionamentos: ao criminalizar a pichação não estamos fulminando o direito de liberdade de expressão? O julgamento feito ao grafite e à pichação está ancorado em quais argumentos? Critérios artísticos? Ser oriundo de populações periféricas? Ser feio? Calar a voz daqueles que não queremos ouvir?

Tais questionamentos nos conduzem até o pensamento de Oliveira[67] de que tratar os pichadores como invisíveis ou como vândalos é um entendimento bastante raso, que "nega a obscuridade que constitui o humano". Para o autor, há "vida saudável onde só se vê doença", em outras palavras, há arte naquilo que pode ser olhado como "feio".

CONCLUSÃO

Arthur Danto[68] analisa que um objeto estético não é uma "entidade platônica eternamente fixa". Tal fato ocorre devido às mudanças históricas, pois as identidades estão em constante transformação, por isso o olhar sobre determinada obra não será um olhar eterno, mas mutável. Essa constatação evidencia que a adoção de critérios estéticos para silenciar social e juridicamente expressões artísticas são incabíveis, considerando que não são absolutos, universais ou imutáveis.

A visão reducionista de arte somente como grandes obras canonizadas historicamente desconsidera as expressões artísticas que acontecem diariamente no cotidiano, como manifestações de nossa humanidade. Além disso, utilizar classificações como "arte popular" deixa claro haver uma "arte elitizada", aplicando-se novamente uma valoração estética para a análise das produções artísticas.

Essa tendência em aplicar o conceito de "bom" ou "ruim", "bonito" ou "feio" nasce nas classes nobres, nos centros de poder, que ostentam o status de "boas" e "belas", havendo um rebaixamento dos demais. Tal atitude gera uma luta por reconhecimento pelos grupos que não se sentem parceiros de interação com os demais grupos.

Danto[69] realiza um alerta importante de que olhares estéticos não caem bem sobre todas as coisas. O autor utiliza o exemplo da polícia espancando pessoas

---

66 SILVA, Lúcia Helena Ramos da, *op. cit.*, p. 77.
67 OLIVEIRA, Rachel Cecília de, *op. cit.*, p. 114.
68 DANTO, Arthur, *op. cit.*, 2010, p. 164.
69 DANTO, Arthur, *op. cit.*, 2010, p. 52.

ou de bombas sendo lançadas. Um olhar estético, nessas ocasiões, seria desumano. Da mesma forma, querer ver beleza em artes que buscam chocar, artes construídas na desigualdade social, obras geradas em contextos de subsistência, não seria desumano? A liberdade de expressão artística não é a liberdade de expressão da beleza, mas da própria personalidade humana.

O direito de liberdade artística está alicerçado na ideia de garantir a expressão do pensamento por meio da arte, independente de critérios estéticos. Além disso, todos detemos o direito de acesso às produções artísticas. Danto[70] analisa que "talvez não exista nenhum caso paradigmático de objeto que sempre desperte em todas as pessoas uma reação estética". Assim, a censura, a criminalização, os meios econômicos, jurídicos e sociais silenciadores da arte não só afetam os artistas, mas todos aqueles que são privados de acessarem as obras que deixam de ser produzidas ou que ficam restritas a pequenos grupos. O *rap*, o *funk*, o grafite e a pichação são alguns exemplos de obras artísticas ainda restritas aos seus grupos de identificação.

REFERÊNCIAS

CASCARDO, Ana Beatriz Soares. *Grafite contemporâneo no Brasil:* da subversão à incongruência conceitual a serviço da "arte". Dissertação (Mestrado em Artes). Instituto de Artes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

COSTA, Maria Cristina Castilho; SOUSA JÚNIOR, Walter de. Censura e pós-censura: uma síntese sobre as formas clássicas e atuais de controle da produção artística nacional. *Políticas Culturais em Revista*. Salvador, v. 11, n. 1, p. 19-36, jan./jun., 2018.

COWEN, Tyler. *In praise of Commercial Culture*. Havard: University Press, 2000.

COWEN, Tyler. *Após o fim da arte:* a arte contemporânea e os limites da história. São Paulo: Odysseus-Edusp, 2006.

COWEN, Tyler. O Mundo da Arte. *In: O que é Arte?* A perspectiva analítica. Tradução de Carmo D'Orey. Lisboa: Dinalivro, 2007.

COWEN, Tyler. *A Transfiguração do Lugar-Comum*. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

COWEN, Tyler. *O Abuso da Beleza:* a estética e o conceito de arte. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2015.

DIAS, Eduardo Rocha. Exigência de Inscrição em Ordem ou Conselho Profissional e Exercício de Profissões Artísticas: O *Topos* Argumentativo da Potencialidade Lesiva a Interesses, Bens e Direitos da Coletividade. *Políticas Culturais em Revista*. Salvador, 1(6), p. 193-206, 2013.

DURAND, Gilbert. *O imaginário*. São Paulo: Difel, 1998.

ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras. Disponível em: <https://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo3186/multiculturalismo>. Acesso em: 10 jul. 2020.

---

[70] DANTO, Arthur, *op. cit*., 2010, p. 157.

FERRAJOLI, Luigi. Universalismo de Los Derechos Fundamentales y Multiculturalismo. *In:* Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Unam, 2007, Roma. Anais. Roma: Universidad de Roma, 2007.

FIANCO, Francisco. *Após o fim da arte de Arthur Danto*. História: Debates e Tendências, v. 12, n. 2, jul./dez., 2012, p. 377-382.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: D&PA, 2006.

HEGEL, G. W. F. *Cursos de Estética*, v. 1. Tradução de Marco Aurélio Werle. São Paulo: Edusp, 1999.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora, 2009.

LUNA, Everardo da Cunha. A arte e o obsceno. *Fascículos de Ciências Penais*, ano 3, v. 3, n. 4, out./dez., 1990, p.60-66.

LUZ, Annelena Silva da Luz. *Proibidão e Ostentação:* a simbólica do funk. 2017. (Dissertação) Mestrado em Comunicação e Informação. Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2017.

MAFFESOLI, Michel. *O ritmo da vida, variações sobre o imaginário pós-moderno*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

MENDONÇA, Vanderlei Cristo. *Impactos do funk na vida dos funkeiros:* reconhecimento na interação intragrupo; estigmatização e discriminação na relação extragrupo. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciências Sociais do Centro de Ciências Humanas e Naturais, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória/ES, 2012.

OLIVEIRA, Rachel Cecília de. Arthur Danto e a experiência estética. *Kriterion: Revista de Filosofia*, v. 59. p. 255-269, jan. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Rebelo Coelho de. *Pixação:* arte e pedagogia como crime. Dissertação (Mestrado em Educação). Centro de Educação e Humanidades, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

PUPPI, Alberto. *Comunicação e semiótica*. Curitiba: Intersaberes, 2012.

RAMOS, Célia Maria Antonacci. *Grafite, pichação & Cia*. São Paulo: Annablume, 1994.

RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. São Paulo: Loyola, 2006.

SEN, Amartyan. *Identidade e violência:* a ilusão do destino. São Paulo: Iluminuras, 2015.

SILVA, Lúcia Helena Ramos da. *Os sentidos de apropriação da cidade por jovens grafiteiros/as*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

SOUZA, David da Costa Aguiar de. *Pichação carioca:* etnografia e uma proposta de entendimento. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Antropologia). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

TEPERMAN, Ricardo. *Se liga no som*: as transformações do rap no Brasil. São Paulo: Claro Enigma, 2015.

VALLADARES, Lícia. Cem anos pensando a pobreza (urbana) no Brasil. *In:* BOSCHI, Renato R. (org.). *Corporativismo e desigualdade:* a construção do espaço público no Brasil. Rio de Janeiro/São Paulo: IUPERJ/Vértice, 1991.

WÖLFFLIN, Heinrich. *Conceitos Fundamentais da História da Arte*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Data de recebimento: 08/08/2020

Data de aprovação: 28/08/2020

ESTADO E DIREITO NO TRÂNSITO PARADIGMÁTICO: ANÁLISE ÉTICO-POLÍTICA DA CONFIGURAÇÃO FAMILIAR PÓS-MODERNA

STATE AND LAW IN PARADIGMATIC TRANSIT: ETHICAL-POLITICAL ANALYSIS OF POSTMODERN FAMILY CONFIGURATION

Letícia Prazeres Falcão[*]
Delmo Mattos da Silva[**]

RESUMO

Falar de família em tempos de Pós-Modernidade é não só rever determinados conceitos, como também entender de que maneira a dialética jurídico-estatal possuem interferência nessas novas configurações. Desta feita, faz-se relevante discutir a relação de causa e consequência que existe entre esse modelo de instituição e o contexto espaço-temporal que a circunda, de modo que possa ser possível entender de que modo fatos de cunho filosófico e sociológicos podem influenciar novas conjunturas sociais. Não existe modelo a ser seguido ou referência à uma estrutura que consubstancie um protótipo ideal, neste cenário a palavra de "ordem" é pluralidade e respeito aos ideais de dignidade da pessoa humana. O método utilizado consiste em análise dedutiva e investigação bibliográfica com base em literatura, doutrina e teses ligadas à temática.

Palavras-chave: Pós-Modernidade. Estado. Família. Ética. Política.

ABSTRACT

To speak of family in post-modern times is not only to review certain concepts, but also to understand how the legal-state dialectic interferes in these new configurations. This time, it is relevant to discuss the cause and

* Mestranda em Direito pela Unichristus (CE). Especialista em Direito do Consumidor (CEUMA) e em Direito da Família, Infância e Juventude (UNDB). E-mail: leticiaprazeres@outlook.com.br.

** Mestre e Doutor em Filosofia (UFRJ). Professor da especialização de Direito da Família, Infância e Juventude da UNDB. E-mail: delmomattos@hotmail.com.

consequence relationship that exists between this model of institution and the spatio-temporal context that surrounds it, so that it may be possible to understand how philosophical and sociological facts can influence new social circumstances. There is no model to be followed or reference to a structure that embodies an ideal prototype, in this scenario the word "order" is plurality and respect for the ideals of human dignity. The method used consists of deductive analysis and bibliographic investigation based on literature, doctrine and theses related to the theme.

Keywords: Post-Modernity. State. Family. Ethics. Policy.

INTRODUÇÃO

A família, assim como outras formas de instituições, passou por diversas modificações ao longo da história: seja no tocante à sua estrutura enquanto família nuclear, monoparental, consanguínea, como também no que diz respeito à presença de sentimentos como o elo primordial, e aqui têm-se como exemplo a família adotiva, socioafetiva e plural, não há como desconsiderar que ocorreu um movimento dialético nesta figura[1]. Tal processo veio não só a transformar o seu perfil e configuração, mas ao mesmo tempo modificou o seu representar, bem como seu reflexo e espelho para outras mutações de cunho político, ético e por conseguinte, jurídicos.

É sabido a que dinâmica de uma dialética consiste no alternar de teses, antíteses e sínteses, mesmo que de maneira inicial uma represente o superar da outra, é importante dizer que sempre vão existir resquícios históricos, econômicos, políticos, culturais e sociais que tornam o produto final não a simbologia de algo único e inédito, mas sim o denominador comum e encaixe de peças de um mesmo quebra cabeça.

Tal enlace é possível visto que falar de transições paradigmáticas é entender que as relações de causa e efeito em um mesmo contexto são inevitáveis e impactam de forma significativa no panorama ao seu redor. Assim, uma vez montado o cenário no qual evoluções por vezes podem significar (re)conhecimentos de liames, retratos e conexões, questiona-se de que maneira a concepção de família pós-moderna representa as transições paradigmáticas de cunho político e ético.

A relevância da pesquisa existe no momento em que é perceptível que Estado, Direito e Sociedade formam um tripé no qual ações e reações de um, irão desembocar na rediscussão do outro. No mesmo sentido, proporcionar uma investigação ético-política da configuração familiar contemporânea, é reconstruir

---

[1] PIATO, Raiane Straiotto; DAS NEVES ALVES, Rozilda; DE MARTINS, Sheila Regina Camargo. Conceito de família contemporânea: uma revisão bibliográfica dos anos 2006-2010. *Nova Perspectiva Sistêmica*, v. 22, n. 47, p. 41-56, 2013.

a tão evidente característica da pós-modernidade, a liquidez. Não significa diminuí-la em sua essência, mas sim demonstrar que talvez o perpassar fluído diga respeito a uma volatilidade que seja inerente das relações sociais, não há algo estático nas formações familiares, não existem perfis sólidos o bastante para, hoje, dizer que o Direito deve se debruçar para a singularidade familiar.

Percebe-se que a provocação invoca não só noções de ciência política e do próprio Direito, mas também resgata noções sociológicas, filosóficas e de searas da psicologia, uma vez que falar de uma configuração atual de família, é considerar que esta passa a ser tida enquanto entidade multifacetária e multidisciplinar, na qual diversas são as interferências e consequências nas áreas do conhecimento.

Assim, inicia-se a investigação demonstrando o recorte espaço-temporal da Pós-Modernidade, suas principais características e o que a evidencia enquanto transição paradigmática diante de aspectos subjetivos e objetivos, para que a partir deste cenário, seja possível enquadrar o percurso do instituto "família" dentro do debate proposto. Em seguida, falar-se-á dos aspectos jurídicos e estatais que compõem tempos pós-globalizados, o que viria a ser o Estado e o Direito hodierno diante das mudanças advindas e como tais elementos se comportam ao serem demandados atualmente. Por fim, é necessário entender os elementos éticos e políticos presentes na família contemporânea, família esta que possui ingerência da Pós-Modernidade, bem como da transição paradigmática jurídico-estatal e acaba por desembocar em via reflexa, em uma nova configuração na qual a dignidade da pessoa humana é seu pilar.

O método científico de abordagem que será utilizado é o dedutivo, o qual parte de premissas gerais para se construir premissas particulares[2]. As técnicas de pesquisa utilizadas, sendo essas o conjunto de processos de que se serve a ciência para alcançar o propósito almejado, serão predominantemente, a de cunho bibliográfico sobre o tema e a isso se somará a leitura de legislação pertinente, teses e documentos que contribuam para o delinear da configuração familiar pós-moderna[3].

Pós-modernidade e suas perspectivas espaço-temporais

A Pós-Modernidade surge ao final do século XX e traz consigo a continuação da política industrial, mas acentua o aspecto do avanço da ciência e tecnologias de informação, o intensificar das práticas consumistas, os sentimentos de

---

2 FINCATO, Denise Pires. *A pesquisa jurídica sem mistérios:* da pesquisa à banca. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sapiens, 2014, p.47-48.

3 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos da metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.173.

efemeridade e individualidade e ao mesmo tempo, a distribuição por desigual do fenômeno da globalização. O que antes podia ser considerado sólido e concreto, mesmo com diversas facetas, passa a configurar um estado líquido, onde a evasão e a instantaneidade humana tornam processos, políticas e relações verdadeiras mutações do novo "aqui e agora"[4].

Ao tratar sobre este momento observa-se que tal evento baseia-se em três grandes alicerces: a dinâmica do mercado que se vê diante de novos fluxos e influxos de um "novo capitalismo", a chegada de uma tecnologia que impacta fortemente nas relações subjetivas e no *modus operandi* das esferas públicas e privadas e no perceber de uma subjetividade nunca antes vista. Assim, é possível vislumbrar que de forma geral, estas camadas são facetas da figura do fenômeno da globalização, são o sustento de uma construção que vai ser responsável pela expansão e contração de direitos e deveres, pela interferência e não ingerência estatais, bem como pelo delimitar o que de fato passa a representar os ideias de geral e particular[5].

Seja no que diz respeito à multiplicidade de relações intersubjetivas propiciadas pelos mecanismos de comunicação, transporte e de tecnologia, ou mesmo pela economicidade das relações para além do mercado, certo é que hoje o anseio de experimentar de tudo um pouco, a própria efemeridade humana e o contato com os mais diversos símbolos da conquista capitalista fazem com que o sujeito pós-moderno mergulhe em meio a um lago de dúvidas, angústias, e desejos cada vez mais insaciáveis, a própria vontade de ser reconhecido em meio às multidões passa a ser critério também de identidade[6].

Estar-se-á diante de uma transição paradigmática na qual é possível observar uma nova contextualização dos pilares da regulação e emancipação, de modo que não há a perca da essência anteriormente moderna e sim um novo olhar a respeito destes pilares e seus princípios. As noções de progresso são pensadas juntamente com a democratização dos riscos oriundos desta síntese paradigmática, ora é chegado um ponto no qual as noções de tempo, espaço, produção, fronteiras, sociedade, e identidade, por exemplo, fazem jus à encargos nos quais as "riquezas" percebidas pelos novos ventos pós-modernos, carregam também implicações que impactam diretamente na comunidade global[7].

Destarte, apesar de tantas inconsistências e inseguranças, certo é que a Pós-Modernidade aplica novos olhares sobre personagens, institutos, regimes e relações, tudo está conectado, seja no sentido informacional, de comunicabili-

---

4 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

5 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos Hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

6 BAUMAN, Zygmunt. *Identidade:* entrevista a Benedetto Vecci. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2005

7 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial* – Em busca da segurança perdida. Leya, 2018.

dade ou transfronteiriço, esses tempos hipermodernos, pós-modernos ou pós-globalizados refletem mudanças nas quais Estado e Direito passam de meros conceitos sócio-políticos e tornam-se peças fundamentais na busca não só do ideal de Estado Democrático de Direito, mas sim elementos na busca de algo muito maior, a verdadeira ideia de dignidade.

O indivíduo nesse ambiente pós-globalização é alguém com muitas oportunidades, detentor de muitas escolhas, mas carente de bases que possam segurar e fazer valer tomadas de decisão. A insegurança e a incerteza são facetas características desta personalidade hodierna, e isto se deve à busca por uma identidade em meio às inúmeras que lhe são apresentadas. Ora, estar-se-á diante de um momento no qual as próprias pessoas se tornam uma espécie de "oferta de mercado", têm-se diversas maneiras e opções para o estabelecer ou não de relações interpessoais, a noção de tempo e de validade para tais laços são reconfiguradas e o que parece valer de fato, é o hoje e o agora[8].

O ator principal deste momento é e não é roteirista do próprio espetáculo, é possível vislumbrar em verdade, um vazio em meio à abundância que reveste tempos de Pós-Modernidade. O tudo ou nada e o aqui e agora são itens que estão dentro da bagagem que este personagem carrega para si e para os demais, já que em algum momento, as instabilidades e inseguranças se transformam em padrões a serem aceitos e perseguidos por quem vive e convive na comunidade vigente, estar em estabilidade é sinônimo de perigo, de "perda de tempo".

Stein bem dizia que "nós somos seres do *não mais* e do *ainda não*"[9], vislumbra-se a colocação da radicalidade e extremismos, e do outro lado o demonstrar da hesitação de algo ainda não totalmente pronto. O sujeito pós-moderno no fundo é alguém que quer correr riscos, mas também sente a necessidade de se proteger, em um mundo no qual a ideia de *ser* e *estar*, podem representar verdadeiros retrocessos existenciais, aquele que bem souber a medida de algumas decisões, é alguém que aparenta saber cuidar de si.

É da natureza humana preferir estar próximo daquilo que lhe é conhecido e tomar distância do que lhe parece diferente, uma vez que o diferente poderia representar uma ameaça. Na Pós-Modernidade as cartas jogadas não são tão distintas, embora esta dicotomia seja algo da história humana, na conjuntura atual, o indivíduo a vivencia de maneira muito mais intensa, vez que as consequências das aproximações e distanciamentos colocam muito mais do que a vida de alguém em jogo, mas a perspectiva de identidade e (re)conhecimento em meio às massas[10].

---

8 BAUMAN, Zygmunt. *Identidade:* entrevista a Benedetto Vecci. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2005

9 STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ljuí: Unijuí, 2001.

10 MOREIRA, Eduardo. *O que os donos do poder não querem que você saiba*. São Paulo: Alaúde Editorial, 2017.

Assim como ocorre em uma leitura constitucional contemporânea, falar de Pós-Modernidade na perspectiva do indivíduo, é tratar a respeito das dimensões que esse sujeito passa ao longo de sua história, e não restringir na ideia geracional na qual a aproximação de uma etapa implica na superação por absoluto da outra. Se faz muito pertinente colocar que direitos fundamentais hoje em dia, são tidos enquanto ramos que apesar de nascerem em outros tempos, carregam peculiaridades das garantias e dos tempos perpassados[11].

Apesar de parecer uma faceta pessimista e triste do indivíduo da Pós-Modernidade, é mister salientar que o mesmo homem que busca identidade ou mesmo procura ressignificar o tempo e o espaço, é o mesmo sujeito que quer ser dono de si. Se na modernidade, o uso da razão foi tão disseminado e incorporado como algo que tornava humano alguém, aqui esse uso da racionalidade não se faz suficiente para o olhar e aceitação do indivíduo enquanto sujeito de direitos e deveres, por exemplo. Não é exclusivamente a noção de que *penso, logo existo*, que o diferencia de outros animais, uma vez que passa a se ter noção de que muitas das piores crueldades da história foram cometidas pelo mesmo homem que tanto refletia.

A Sociedade Moderna, que precede o substrato cronológico ora analisado, é delimitada com a afirmação do uso da razão enquanto berço do conhecimento, impactante desenvolvimento industrial e definição do sistema liberal enquanto modelo político-econômico de grande parte das nações. A própria noção de direitos e garantias fundamentais, a ideia da figura do Estado em si e suas intercorrências jurídicas diante das demandas apresentadas são fatos que definem a modernidade enquanto tese prestes a sofrer uma evolução.

Ora, parte-se do pressuposto de que agora a informação pode possuir tanto valor como ações em um mercado, pode ser tão poderosa como a interferência governamental em um país ou mesmo ser responsável pela criação de novas políticas públicas. Deter a esse tipo de referência é permitir a troca de experiências e novidades dentro de qualquer âmbito do saber. Tudo depende da forma como é utilizada, por quem é veiculada e para quem ou o quê ela é direcionada.

Assim como outros arranjos sociais que já perpassaram na cronologia da história humana e deixaram suas influências em diversos setores, a Sociedade Informação não é diferente. Em um primeiro plano faz-se relevante ressaltar que o surgimento desse novo "status social" traz consigo algumas nuances no aspecto econômico. Aqui, é possível dizer que a Sociedade de Informação acaba por interferir no próprio desenvolvimento capitalista, facilitando-o de maneira que o uso e a perpetuação de informações e dados sejam responsáveis ou auxiliem

---

[11] VELOSO, Alberto Junior. As características dos direitos fundamentais e os princípios dos direitos da personalidade na esfera privada. *In: Scientia Iuris*, v. 17, n. 1, p. 9-26, 2013.

no surgimento de novos bens e serviços, no aprimoramento de outros já existentes, na própria divulgação desses objetos valorativos[12].

De forma quase que consequente, conseguir inserir-se em mercados tão globais não deixa de ser um desafio visto que é cada vez mais comum a formação de profissionais capacitados e ainda assim tidos como insuficientes ou inadequados para determinados perfis de empresas. Estas buscam diferenciais que vão tornar aquela proposta vendida única e relevante perante os demais fornecedores, fazendo com que a lógica do mercado pós-globalizado seja transformar o diferente em algo relevante e gerador de lucro e reconhecimento.

Em um segundo plano, discorrer sobre Sociedade de Informação é também considerar esta enquanto mecanismo para novas percepções acerca do que seria qualidade de vida. Para além da garantia de direitos já positivados e reconhecidos, o uso dessa nova ciência precisa agregar na promoção desses interesses. Pode-se até dizer que hoje em dia permitir que alguém tenha acesso à rede mundial de computadores em uma sala de aula, por exemplo, é proporcionar o acesso ao conhecimento, tal auxílio no dia a dia, nas relações sociais ali geridas, é levar ao cidadão os direitos que lhe são devidos, como também os deveres que lhe são atribuídos.

É auxiliar a rápida comunicação nas emergências em setores hospitalares, assim como garantir uma maior aproximação entre o indivíduo e setores de segurança, ou mesmo viabilizar o conhecimento e participação daquele cidadão na feitura de direitos que são devidos, como a emissão de documentos, o acesso a palestras, assistência jurídica gratuita etc. Aqui, nota-se uma verdadeira mobilização de vários órgãos até bairros e comunidades, utilizando da tecnologia e dessa transmissão conectada de informações para elaboração, feitura, preparação desses títulos e certidões, é a sociedade de informação no seu viés qualitativo e coletivo.

Falar de um aspecto social diante das ingerências das nuances virtuais, tomando como base a presente pesquisa, é admitir que as tecnologias de informação podem ser consideradas, atualmente, direitos fundamentais de um cidadão. É dizer que é uma garantia importante na interação, intercâmbio e (re) discussão de direitos e deveres para com o Estado, é veículo de comunicação, é canal de notícias e suporte para possíveis fiscalizações[13]. Não há como negar que a eficácia desses meios de comunicação potencializou as maneiras de execução da própria democracia. Basta imaginar que o canal de contato entre um cidadão e seu representante político, por exemplo, passou a ganhar formas de realização.

---

12 BORGES, Maria Alice Guimarães. A informação e o conhecimento como insumo ao processo de conhecimento. *Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação (RICI)*. v. 1, n.1, jul.-dez., 2008, p. 175-196.

13 FARIAS, Victor Varcelly Medeiros. *A virtualização da participação popular,* 2017.

As liberdades cultivadas acabam por prender aqueles que não as usam devidamente e, por conseguinte, não conseguem construir solidez nos discursos sócio-político envolvidos. O que talvez esteja sendo reconsiderado seja a chance de se retomar práticas, políticas e intervenções que, para além de atingir tudo e todos de alguma forma, tragam consigo ideias mais concretas e respeitosas para com as diversidades.

Estado e direito em trânsito

Os fluxos pós-modernos afetam diversas searas que envolvem a vida em sociedade, mesmo que de maneira muito sutil, as consequências e reformulações que este novo contexto apresenta, permitem a condução de esferas públicas e privadas ainda por um caminho incerto, entretanto seguro no que diz respeito à não possibilidade de volta. Volta no sentido de um retrocesso substancial, visto que assim como no círculo hermenêutico Heideggeriano, por vezes o retorno à uma pré-compreensão não corresponde à um regresso que anule todas as conquistas almejadas, mas sim, o voltar a nortes basilares para que diante de um processo de desenvolvimento, haja uma coerência com aquilo que um dia foi o berço de tudo.

No tocante ao desenho estatal, "o paradigma pós-moderno desloca o ente estatal do seu eixo até então central e exclusivo de regulação e soberania, sobretudo na medida em que fomenta o surgimento e a atuação mais intensa e decisiva de outros atores"[14]. Isso não é difícil de perceber visto que a rigidez estatal dá lugar ao receber, ouvir, olhar e perceber outras realidades, personagens, interações que não só são oriundas de tempos hipermodernos, mas também dizem respeito à configurações que há muito já existem, entretanto não com a legalidade e legitimidade esperada.

Não há que se dizer em perda de força, mas sim na releitura de alguns conceitos e expressões nitidamente de estudo político e de ciência política, e que em decorrência da inserção pós-globalizada, forçam o Estado a se virar para novas e antigas demandas, a sociedade pede, clama e exige. Percebe-se então que o ente maior parece tomar (re)conhecimento de localismos globalizados, e então se permite adentrar em novos clamores e lutas de cunho político, econômico ou mesmo sociais.

Ora, é factível que atualmente a palavra democracia ecoa em diversos lugares, mas nem sempre significa o que de fato se quer colocar, assim, neste sentido é possível perceber que "é preciso democratizar a democracia" em uma perspectiva de que o ideal de *polis* deva transcender uma mera questão representativa.

---

[14] GERVASONI, Tássia Aparecida. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade*. Florianópolis, Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

Em tempos nos quais tudo parece estar tão inconsistente e dificultoso a ponto de concretizar lutas, a democracia que se busca é também a participativa, a auditiva, a factível, a comunicativa, tudo que de alguma forma contribui para um exercer político não quantitativo, mas sim qualitativo[15].

O Estado Pós-Moderno veste um personagem de no qual a força da lei impera, mas por dentro e por vezes, parece esquecer que o que lhe completa de fato é uma ética de alteridade e sensibilidade. Neste tocante, observa-se que tanto a crise do judiciário, como também a política, residem não em uma questão de autoridade, e sim de alteridade "por sua relevância na participação de um projeto civilizatório que contemple pluralidade, a liberdade, o afeto, a dignidade e a solidariedade"[16].

Em bem verdade, o Estado contemporâneo verifica a consolidação e nova leitura da eficácia de direitos fundamentais, tanto vertical quanto horizontal. Na primeira modalidade, observa-se um maior empenho do corroborar no dever do ente maior na promoção de garantias essenciais, na criação e execução de políticas públicas, na busca pela reafirmação de direitos pelo Poder Judiciário, enquanto por vezes, o superego da sociedade. No mesmo compasso, a eficácia horizontal de direitos fundamentais em tempos pós-modernos demonstra que não importa qual seja a dimensão dessas garantias, ainda sim, reconhecer e regular, na medida do possível esse encontro, não significa o interferir na autonomia privada mas a aplicação de uma proporcionalidade sensível das relações privadas[17].

Ainda no liame da esfera estatal, a perspectiva da soberania pós-moderna invoca um reavaliar de conceitos extremamente estáticos. Parece ocorrer um entendimento de que existe uma soberania *strito sensu*, no que tange os fios condutores de território, povo e Estado-Nação, e uma soberania um tanto quanto relativizada, mas não esvaziada, explica-se: se antes tudo girava em torno de formalismos, codificações, demonstração de força pela, coação política e limitações transfronteiriças, agora é solicitado ao Estado hodierno o lidar, respeitar e afirmar reivindicações políticas, resistências à certas formas de governo e o foco em corpos políticos e sociais que vão de encontro à mecanismos da biopolítica[18].

---

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Biblioteca de las alternativas, Forum Social Mundial, 2001.

16 FOLEY, Gláucia. *Outro Judiciário é possível:* a reinvenção democrática da Justiça. *In:* Alberto Pucheo *et al*. Tempos de pós-democracia. Rubens R.R. Casara (org.). Florianópolis, Santa Catarina: Tirant Lo Blanch, 2018.

17 DA SILVA, Alexandre Antônio Bruno. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. *In*: SALES, G.B.; GONÇALVES, C.F.; CASTILHO, N.M. (orgs.). *A Concretização dos Direitos Fundamentais na Contemporaneidade*. Boulesis Editora, 2016.

18 JÚNIOR, B.; de Araujo, J. M. *Direito, Estado e biopolítica*: governo e soberania na sociedade pós-moderna (Doctoral dissertation, Universidade de São Paulo), 2009. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-21112011-093715/publico/Direito_Estado_e_Biopolitica_Marcos_Braga_Jr.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

Ao se tomar uma nova atenção na temática debatida, surge a transitoriedade jurídica como algo que acompanha a política, e aqui cabe dizer que ambas demandam uma rediscussão de bases e alicerces de modo a não confrontar os aspectos sociais que as provocam, mas sim de entender e acompanha-los para que haja um equilíbrio de contextos, atores e roteiros. Já não há mais espaço para o ignorar da historicidade de grupos e fatos sociais, falar de um processo ético-político nas famílias vigentes é considerar o Direito enquanto fato social e não pode ser dissociado dos contextos ora emergentes.

Quanto ao caminhar do Direito, faz-se mister identificar a tendência de constitucionalização não só do arcabouço formal, mas também na forma de pensar o mesmo como balizador social. É aceitar que a principiologia jurídica é de extrema importância para a concatenação de normas, é aceitar que bens jurídicos possuem diversas facetas e em tempos pós-modernos todas, ou pelo menos o máximo possível, devem ser consideradas. Existem novos valores jurídicos que colocam o Estado enquanto personagem detentor de jurisdição, ou ainda como um ente que pode mediar ou possibilitar a resolução e transformação dos conflitos[19].

Complementando o sentido de que Direito em trânsito, é também Estado em trânsito, e assim é reconstruir legados democráticos de modo que haja um novo sentido axiomático para as searas jurídicas, basta pensar na implementação de bases principiológicas dentro do Direito Civil, como "a elevação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia substancial"[20]. Neste sentido, depreende-se que a constitucionalização jurídica em tempos de uma releitura do Estado Democrático de Direito, reverbera a ampliação da noção de acesso à justiça, que hoje já não é mensurada apenas no sistema em si, mas nos recursos, nas esferas, nos atores, nos garantias em questão e na dinâmica de esferas públicas e privada que vão proporcionar o verdadeiro demandar jurídico[21].

Todo esse caminhar jurídico corresponde a um avanço no qual o neopositivismo, neoconstitucionalismo e a própria judicialização da política, contribui para uma marcha jurídica na qual é preciso tratar as demandas sociais enquanto fenômenos complexos para que as respostas devolutivas sejam eficazes na medida de suas complexidades. O Direito pode até tentar se abster de dar atenção

---

19 GHILARDI, Dóris. Família Líquida e sua reinvenção sob o molde do afeto: encontros e desencontros. *Revista Direitos Culturais*, v. 12, n. 26, p. 135-156, 2017.

20 DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, N. *Direito das famílias*. Editora Lumen Juris, 2010.

21 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2002.

aos clamores pós-modernos, todavia o tempo que reveste o estudo demonstra que em um determinado momento não há como escapar das consequências socio-econômicas-políticas que revestem esse cenário

> É bem verdade que, muitas vezes, o Judiciário é convocado a exercer função representativa em determinadas circunstâncias políticas, sobretudo quando há omissão do Legislativo. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a regulação da união homoafetiva e é o que pode ocorrer com a ansiada descriminalização do aborto. No entanto, essa representatividade não tem a mesma estirpe da representação política própria da democracia formal, cuja maioria dita "as regras do jogo". Nesse sentido, em situações específicas, a Suprema Corte tem autorização constitucional para contrariar vozes hegemônicas desde que seu propósito seja o de afirmar materialmente a Constituição[22].

Diante disto, chama-se atenção para um olhar crítico sobre a temática, visto que ao fundo é revestida por um cenário de crises, de valores, instituições, seguranças e conquistas. A pós-modernidade em muito pode dizer sobre a reestruturação da forma realizar políticas públicas, na maneira como o mercado atua, do elencar estatal de prioridades, planejamentos ou ainda no aceite e abraço dado aos avanços da ciência e tecnologia, apesar de toda essa escalada não há como negar que o "pós" presente no conceito, carrega uma abundância do que pode ser entendido como o fardo pós-moderno[23].

Ousado seria ainda, apresentar uma contraposição do clássico contrato social[24], no qual não há que se falar em abdicação total de poderes e liberdades de uns para com outros, mas transformar a perspectiva de um deixar para um readquirir de legitimidades contemporâneas. Há uma ordem, um propósito no qual não necessariamente é aquele que o Estado diz ser, mas sim aquilo que simplesmente é dentre morais e a verdade ética pós-moderna.

O Direito em trânsito parece tornar-se uma ciência mais prática, que abdica um pouco do arcabouço normativo e passa a dar atenção para o aspecto material de indivíduos e grupos. Em verdade, este terceiro poder estatal é visto como a última válvula de escape para a resolução de problemas sociais, já não existe mais tanta confiança no executivo e legislativo, e assim o Judiciário é tido

---

22 FOLEY, Gláucia. *Outro Judiciário é possível:* a reinvenção democrática da Justiça. *In:* Alberto Pucheo *et al*. Tempos de pós-democracia. Rubens R.R. Casara (org.). Florianópolis, Santa Catarina: Tirant Lo Blanch, 2018.

23 GERVASONI, Tássia Aparecida. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade*. Florianópolis, Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

24 HOBBES, Thomas. *Do Cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

como aquilo que restou para a promoção (indireta ou direta) de políticas públicas, execução e estruturação de projetos de lei e efetivação de direitos fundamentais. Demandas transindividuais, direitos de quarta ou dimensão ou mesmo no que diz respeito à gênero, sexo, etnia, classe dentre outros, vêm no Poder Judiciário a esperança do reconhecimento de suas lutas histórias e concretização de garantias tão bonitas postas na Constituição, mas não factualmente praticadas e respeitas[25].

A configuração pós-moderna de família na transitoriedade ético-política

A família hodierna é líquida em diversos aspectos, é posta em diversas formas e configurações, "a família atual não é melhor e nem é pior que a família do passado, mas certamente é muito diferente dos modelos familiares antecedentes, das estruturas de poder e de afeto que habitaram, construíram e modelaram os arquétipos anteriores e este que hoje conhecemos"[26].

Neste sentido, falar de um cenário familiar na contemporaneidade é entender o seu núcleo eudemonista, a finalidade deste modo de agrupamento e interação social é a felicidade e realização de seus membros. A própria constitucionalização do Direito Civil clama para um agrupamento baseado em princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, e finalmente do Direito de Relacionamento Familiar – nome que se acha mais adequado que Direito à Convivência[27].

Ora, estar-se-á diante do estudo ético na família pós-moderna, uma vez que aquela possui como objetivo a felicidade. Acontece que a ética aqui vislumbrada, não é a mesma no que tocante ao caminho percorrido para o alcance do conhecimento e da verdade pura. Talvez fosse possível dizer que a ética de Aristóteles ganha em tempos pós-globalizados a relativização intrínseca da fluidez contemporânea e passa a acreditar que a eticidade da felicidade hodierna também está interligada à autonomia, responsabilidade e liberdade individual e auto realização[28].

---

25 YOUNG, Iris Marion. Igualdade de quem? Grupos sociais e julgamentos de injustiça. *Jornal de filosofia política*, *9* (1), 1-18. Political Science, Universidade de Chicago, 2001.

26 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito* (USP), v. 101, p. 153-167, 2006.

27 GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In: Família e Dignidade Humana:* V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 439-455.

28 PENA, Roberto Patrus Mundim. *Ética e Felicidade*. Cadernos de História. v. 9, n. 11, p. 33-46, 1º sem 2007, Belo Horizonte.

A família eudemonista para ser feliz, e por conseguinte ética do ponto de vista aristotélico, precisa ter liberdade para exercer suas escolhas e que por consequência as levem para uma felicidade essencial. Aqui, pode-se dizer ainda que, em tempos como os atuais, o grau de liberdade dos sujeitos influencia diretamente nas escolhas que aqueles possam vir a ter, e em decorrência o desenvolvimento de um país estará intimamente ligado à maneira como os indivíduos podem manifestar suas escolhas. Ora, quanto menos liberdade, menor o número e a chance de escolhas e menor poderar-se-á falar de um desenvolvimento em meio à ordem e um suposto progresso[29].

> [...]a ética aristotélica que tem por finalidade a busca da felicidade pela virtude. A felicidade é considerada por ele o maior de todos os bens, sendo que a ação de cada pessoa é realizada em vista desse supremo bem. Percebeu-se ao longo desse artigo, que Aristóteles em seu livro Ética a Nicômaco, procura conceituar a felicidade como o soberano bem. Define bem como aquilo que deve ser buscado por si, sem o desejo de algo mais, além do próprio bem. E a felicidade é esse bem que é buscado por si mesmo não em vista de uma outra coisa[30].

Ora, a família pós-moderna é diversa, é múltipla, é ativa, é passiva, é singular, é composta, é pós-colonial e colonial, é antecedente e subsequente, é por fim complexa. Desafia as próprias concepções de instituição enquanto formadores, regulamentadores de um determinado povo, coloque em *xeque* que soberanias estatais existem também em uma modalidade interna, mas que não sobrepõe o público e privado, as ditas razoabilidade e proporcionalidade constitucionais passam a revestir os debates que as novas demandas necessitam.

A noção recente da função social da família contemporânea está intimamente ligada à perspectiva ética, vez que o afeto é tido, hoje, como o principal elemento formados para o surgimento do sentido familiar. O ideal de realização, igualdade, respeito, dignidade, solidariedade e luta simultânea por validação de garantias é também um mecanismo de atingir a felicidade a qual se fala. Nota-se o surgir de deveres éticos por parte de entidade públicas e privadas, as quais precisam encarar as famílias enquanto entes ou instituições com características e uma dinâmica própria[31].

Outro fator interessante, é que o debate sobre a ética na configuração familiar pós-moderna demonstra que existem formas de eticidade a depender

---

29 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2000.

30 AMORIM, Wellinngton Lima; CARDOSO, Mateus Ramos; DA SILVA, Everaldo. Ética da felicidade em Aristóteles. *Revista Húmus*, *2*(6), set./out./nov., 2012.

31 DE ALMEIDA, Lara Oleques. A função social da família e a ética do afeto: transformações jurídicas no Direito de Família. *Revista Univem*, 2007.

do grupo que estar-se-á falando e suas especificidades. A dizer, na luta pela concretização de direitos fundamentais de mulheres, comunidade LGBT+, negros, população indígena, crianças e adolescentes, idosos, pets dentre outros, verifica-se que há uma maneira de encarar como estes grupos possuem sua história e como cada um enxerga uma eticidade específica como ideal de sua verdadeira simbologia de dignidade da pessoa humana.

Ainda neste sentido, é possível falar de ética e relações familiares quando se chama atenção para a bioética e o Direito. Observa-se todo um direcionamento voltado para o equilíbrio entre avanços, técnicas e estudos científicos e processos biológicos, a questão da vida e da própria autonomia da vontade precisam estar alinhadas entre os fluxos e influxos do saber e do poder sobre corpos, por exemplo. É preciso que a ciência jurídica se permita olhar e resguardar esse tipo de relação, para que não caia em sensos corriqueiros e que menosprezem elementos basilares desse tipo de investigação[32].

Do mesmo modo, famílias monoparentais, unipessoais ou que são vislumbradas com a presença de animais de estimação, por exemplo, devem também serem consideradas enquanto promotoras de uma eticidade própria e que não é diminuído pelo aspecto singular. A felicidade, ligada à dignidade em comento, é algo que parte de dentro pra fora e não mais ditada ou monopolizada por um ente externo, desta feita, reconhecer as novas modalidade de família tanto pelo Estado, como pelo Direito e pela sociedade no geral, é auxiliar na promoção de garantias e no exercício eudemonista pós-moderno.

Percebe-se que a crise na qual a sociedade pós-moderna se encontra está fortemente conectada com a falta de respeito inserida na esfera pública. Individualidades tentam ser peças de uma quebra-cabeça que reflete intolerâncias[33] estatais, mercantis e sociais diante de antigas e novas realidades familiares. Ora, chamar uma análise ética e política para a configuração familiar na pós-modernidade é tomar um olhar distanciado que retrate o respeito diante dos variados fluxos e influxos de autonomia da vontade enquanto braço da dignidade da pessoa humana[34].

Há ainda que se falar na democratização das famílias e na família democrática: é perceptível que o poder dotado nas escolhas individuais, refletem nas

---

[32] DA SILVA, Alexandre Antônio Bruno. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. *In:* SALES, G.B.; GONÇALVES, C.F.; CASTILHO, N.M. (orgs.). *A Concretização dos Direitos Fundamentais na Contemporaneidade*. Boulesis Editora, 2016.

[33] As intolerâncias vão desde ao preconceito e a resistência da aceitação da entrada e destaque da mulher no mercado de trabalho, até a repressão implícita e explícita contra união de casais homoafetivos e descrédito de outras formas de família que não a "original", por exemplo (GERVASONI, 2017).

[34] HAN, Byung-Chul. *No enxame:* perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis: Editora Vozes, 2018.

coletivas e por conseguinte espelham na atual pública. A própria questão sexual enquanto algo que permeia a família pós-moderna, não representa uma discussão inédita na sociedade, mas sim, algo que está tendo a atenção necessária para o debater de assuntos decorrentes[35]. Ora, tratar de sexualidade e educação sexual, por exemplo, deve transcender aspectos ainda arregrados em tabus e preconceitos e sim representar não só o respeito ao poder de escolha e exercício do mesmo, como também a relevância na reformulação das bases curriculares educacionais pós-modernas.

Não obstante, a família enquanto modelo de instituição, ao longo da sua evolução seguiu e representou diversos modelos políticos, sociais e econômicos que ditavam o *status quo* de cada época. Seja baseada no patriarcado, encarada enquanto um micro mercado, fonte de mão-de-obra e mais recentemente delineada enquanto representativa por laços de afeto e solidariedade, certo é que aquela é um dos exemplos mais nítidos de como a transitoriedade analisada consegue modificar ou trazer à tona questões que urgiam por discussões e reconhecimentos[36].

Embora esteja se tratando de uma leitura contemporânea, e que por mais concepções de "pós" que se possa ter, no fundo as lutas e batalhas contra certas interferências e mecanismos de poder e exclusão ainda são os mesmos, a família hodierna carrega consigo sim, toda uma roupagem de pós-globalizada, mas também apresenta desafios de tempos nos quais a institucionalização ou sua instrumentalização serviram de parâmetro para a leitura jurídica e sócio-política da mesma[37].

Não há como se falar de configuração familiar pós-moderna sem entender a que ponto Estado e Direito percorrem determinada transitoriedade e desembocam em um arranjo totalmente inédito à luz da sociedade formalmente dita. Um arranjo que precisa de direcionamentos para que a sua complexidade seja sim admitida e que venham a ter o devido resguardo jurídico.

A família, pode ser enquadrara enquanto uma instituição do sistema de Justiça como um todo, uma vez que se levar em consideração todos os atores sociais, seus grupos, sujeitos de direitos e deveres e a maneira como o Estado pode ou não intervir na esfera público-privada, a concepção familiar já não simboliza única e exclusivamente o primeiro contato de socialização de um ser ou mesmo mecanismo de reprodução e dominação de corpos sob a exige

---

35 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas *et al. Novas modalidades de família na pós-modernidade*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2010.

36 BASTOS, Isis Boll de Araújo. (Re)pensando a família e o direito de Família: evolução histórica e conceitual. *In:* ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello (orgs.). *O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2014.

37 SANTOS, Boaventura de Sousa. Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e de outro. *Travessias*, n. 6/7, p. 15-36, 2008.

capitalista ou Foucaultiana, agora depara-se com um núcleo responsável pela formação de identidade, pelo descobrir de anseios e pelo reconhecimento para com seu próximo.

Delimitar um conceito hegemônico e estático de família, é algo que já não possui sentido. Considerar seus diversos aspectos é entender que aquela adota o sujeito de uma identidade e a vida de um sentido[38]. De certo modo, honra-se âmbitos sociais e individuais da qual a instituição família pertence, se levada em consideração seu núcleo formador, ético e político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A essência que reveste a presente investigação demonstra o recriar das concepções formais e informais do Estado e do Direito em um momento histórico em que o volátil abre espaço para a reformulação dos sujeitos, cenários e roteiros que preenchem o dito contexto pós-moderno e, paralelamente, enquanto preenche, também esvazia concepções antes solidificadas por ideias e condutas desconexas da realidade social.

É nesse sentido que se apresentou a reflexão de que o tratar de uma transitoriedade estatal e jurídica é considerar que as instituições antes havidas em uma separação de público-privado, já não dizem respeito à literalidade das sólidas construções legislativas; a família contemporânea é uma nova modalidade de instituição que vem quebrando conceitos e proposituras políticas, ao mesmo tempo em que reflete a eticidade contemporânea: o sujeito pós-moderno é, antes de tudo, um ser de dentro para fora.

Ora, percebe-se que as intercorrências do que é ideal e o que seria real ganham um patamar que clama pelas releituras de arcabouços normativos, políticas públicas e olhares estatais. Clamam por atenções, conhecimentos e reconhecimentos diante de toda comunidade, não há mais espaço e nem tempo para negar que a sociedade é fruto de um somatório político, econômico, cultural e histórico que os fluxos das viradas paradigmáticas desembocam nas ligações de causa e consequência de todo indivíduo[39].

O perpassar da Pós-Modernidade distorce diversas concepções do Estado e do Direito de modo a convidar os novos e antigos sujeitos a darem voz e espaço para as novas demandas. A liquidez por vezes tão renegada, traz consigo talvez

---

[38] FONSECA, Claudia. Olhares antropológicos sobre a família contemporânea. *Pesquisando a família*: Olhares contemporâneos, p. 55-68, 2004. Disponível em: <http://files.claudialwfonseca.webnode.com.br/200000044-9db6f9e355/Olhares%20antropol%C3%B3gicos%20sobre%20a%20fam%C3%ADlia%20contempor%C3%A2nea%2C%202002.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2010.

[39] CALMON, Rafael. *Direito das Famílias e processo civil:* interação, técnicas e procedimentos sob o enfoque do Novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2017.

a volaticidade necessária no que tange à urgência de alguns debates, a dinamicidade das novas formas de estruturação familiar ou mesmo no propiciar de diversas formas de felicidades. Sejam no singular ou plural, em uma formação mais tardia ou "no tempo certo", em meio às facetas do novo aqui e agora, a família Pós-Moderna vem para quebrar paradigmas e propor novos olhares à uma sociedade que já não é levada por entidade externas, pelo contrário, conduz esta de modo a influenciar diretamente nas suas concepções históricas, e geográficas.

A transitoriedade mencionada é algo que vai continuar existindo, afinal de contas, modelos de governabilidade, economicidade e ligados ao aspecto social continuarão ocorrendo. Todavia, o que se coloca em questão é que no fundo, momentos de crise são necessários para que a haja a revisão dos mesmos, a espiral dialética vive na dança de opostos não absolutamente contrários e resulta em algo que bebe em águas já perpassadas. Oportunizar reflexões do tipo é de suma importância não só para um olhar e viver futuro, como também para um fazer acontecer no presente.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Wellinngton Lima; CARDOSO, Mateus Ramos; DA SILVA, Everaldo. Ética da felicidade em Aristóteles. *Revista Húmus*, *2*(6), set./out./nov., 2012. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/viewFile/1546/1373>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BASTOS, Isis Boll de Araújo. (Re)pensando a família e o direito de Família: evolução histórica e conceitual. *In:* ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello (orgs.). *O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2014. Disponível em: < <https://www.academia.edu/39409864/_Re_pensando_a_fam%C3%ADlia_e_o_direito_de_Fam%C3%ADlia_evolu%C3%A7%C3%A3o_hist%C3%B3rica_e_conceitual._cap%C3%ADtulo_publicado_no_livro_O_papel_de_cada_um_nos_conflitos_familiares_e_sucess%C3%B3rios_>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade:* entrevista a Benedetto Vecci. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial* – Em busca da segurança perdida. Leya, 2018.

BORGES, Maria Alice Guimarães. A informação e o conhecimento como insumo ao processo de conhecimento. *Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação (RICI)*, v. 1, n.1, jul.-dez., 2008. p. 175-196. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/RICI/article/view/815/2357>. Acesso em: 05 jan. 2020.

CALMON, Rafael. *Direito das Famílias e processo civil:* interação, técnicas e procedimentos sob o enfoque do Novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2002.

DA SILVA, Alexandre Antônio Bruno. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. *In:* SALES, G.B.; GONÇALVES, C.F.; CASTILHO, N.M. (orgs.). *A Concretização dos Direitos Fundamentais na Contemporaneidade*. Boulesis Editora, 2016.

DA SILVA, Delmo Mattos. Dialética entre direito e reconhecimento: a percepção bioética das questões de gênero. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, *3*(2), 78-94, 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/2553/pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

DE ALMEIDA, Lara Oleques. A função social da família e a ética do afeto: transformações jurídicas no Direito de Família. *Revista Univem,* 2007.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, N. *Direito das famílias*. Editora Lumen Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. *Revista brasileira de direito constitucional*, 2007, 9.1: 107-116. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/126/120>. Acesso em: 15 fev. 2020.

FARIAS, Victor Varcelly Medeiros. *A virtualização da participação popular,* 2017. Disponível em: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2017/03/Victor-Farias-FCL-Trabalho-Completo.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2020.

FINCATO, Denise Pires. *A pesquisa jurídica sem mistérios:* da pesquisa à banca. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sapiens, 2014, p.47-48.

FOLEY, Gláucia. *Outro Judiciário é possível:* a reinvenção democrática da Justiça. *In:* Alberto Pucheo *et al*. Tempos de pós-democracia. Rubens R.R. Casara (org.). Florianópolis, Santa Catarina: Tirant Lo Blanch, 2018.

FONSECA, Claudia. Olhares antropológicos sobre a família contemporânea. *Pesquisando a família:* Olhares contemporâneos, p. 55-68, 2004. Disponível em: <http://files.claudialwfonseca.webnode.com.br/200000044-9db6f9e355/Olhares%20antropol%C3%B3gicos%20sobre%20a%20fam%C3%ADlia%20contempor%C3%A2nea%2C%202002.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2010.

GERVASONI, Tássia Aparecida. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade*. Florianópolis, Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

GHILARDI, Dóris. Família Líquida e sua reinvenção sob o molde do afeto: encontros e desencontros. *Revista Direitos Culturais*, v. 12, n. 26, p. 135-156, 2017.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In: Família e Dignidade Humana:* V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 439-455.

HAN, Byung-Chul. *No enxame:* perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis: Editora Vozes, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito* (USP), v. 101, p. 153-167, 2006.

HOBBES, Thomas. *Do Cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JÚNIOR, B.; de Araujo, J. M. *Direito, Estado e biopolítica:* governo e soberania na sociedade pós-moderna (Doctoral dissertation, Universidade de São Paulo), 2009. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-21112011-093715/publico/Direito_Estado_e_Biopolitica_Marcos_Braga_Jr.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos Hipermodernos*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004. Disponível em <http://copyfight.me/Acervo/livros/LIPOVETSKY,%20Gilles.%20Os%20Tempos%20Hipermodernos.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas *et al. Novas modalidades de família na pós-modernidade*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/en.php>. Acesso em: 15 fev. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos da metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 173.

MOREIRA, Eduardo. *O que os donos do poder não querem que você saiba*. São Paulo: Alaúde Editorial, 2017.

PENA, Roberto Patrus Mundim. *Ética e Felicidade*. Cadernos de História, v. 9, n. 11, p. 33-46, 1º sem 2007, Belo Horizonte.

PIATO, Raiane Straiotto; DAS NEVES ALVES, Rozilda; DE MARTINS, Sheila Regina Camargo. Conceito de família contemporânea: uma revisão bibliográfica dos anos 2006-2010. *Nova Perspectiva Sistêmica*, v. 22, n. 47, p. 41-56, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Biblioteca de las alternativas, Forum Social Mundial, 2001. Academia.edu. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e de outro. *Travessias*, n. 6/7, p. 15-36, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2000.

STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ljuí: Unijuí, 2001.

YOUNG, Iris Marion. Igualdade de quem? Grupos sociais e julgamentos de injustiça. *Jornal de filosofia política*, *9*(1), 1-18, 2001. Political Science, Universidade de Chigado.

VELOSO, Alberto Junior. As características dos direitos fundamentais e os princípios dos direitos da personalidade na esfera privada. *In: Scientia Iuris*, v. 17, n. 1, p. 9-26, 2013. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/9611>. Acesso em: 20 jan. 2020.

Data de recebimento: 29/07/2020

Data de aprovação: 14/08/2020

ESTADO SOBERANO, NOVOS ATORES INTERNACIONAIS E DIREITOS HUMANOS: TRANSFORMAÇÕES DO SEGUNDO PÓS-GUERRA

SOVEREIGN STATE, NEW INTERNATIONAL ACTORS AND HUMAN RIGHTS: TRANSFORMATIONS OF SECOND POST-WAR

Gilmar Antonio Bedin*
Aline Michele Pedron Leves*
André Giovane de Castro**

RESUMO

As transformações da sociedade internacional desde o fim da Segunda Guerra Mundial foram intensas. As consequências desse processo para a emergência dos novos atores internacionais são problematizadas com o objetivo de identificar a sua contribuição para a afirmação dos direitos

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor dos Cursos de Graduação em Direito e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) e da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia. E-mail: gilmarb@unijui.edu.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0553982956028307. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9183-7065.

** Doutoranda e Mestra pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Bacharela em Direito pela Unijuí. Bolsista Integral de Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PROSUC/Capes). Pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia. Advogada (OAB/RS). E-mail: alineleves@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9564252232431565. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-0371-5234.

*** Doutorando e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Bacharel em Direito pela Unijuí. Bolsista Integral de Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PROSUC/Capes). Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Biopolítica & Direitos Humanos. E-mail: andre_castro500@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6492360525985954. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8970-5685.

humanos na sociedade internacional contemporânea e sua estrutura interdependente, complexa e multicêntrica. A partir do método hipotético-dedutivo, da técnica de pesquisa exploratória e do procedimento bibliográfico, considera-se que os novos atores internacionais têm papel central ao reforçarem a fragilização das ideias de soberania estatal e fronteiras territoriais modernas. O resultado é a formação de um mundo globalizado mais integrado política, social e economicamente com a normatização do Direito Internacional à luz dos direitos humanos como mínimo ético comum. A proteção dos direitos humanos vai, portanto, gradativamente, se consolidando na sociedade internacional contemporânea, influenciando normas jurídicas globais e refreando a autonomia irrestrita clássica dos Estados nacionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Internacional. Globalização. Novos Atores Internacionais. Soberania Estatal.

ABSTRACT

The transformations of international society since the end of Second World War have been very intense. The consequences of this process for the emergence of new international actors are problematized in order to identify their contribution to the affirmation of human rights in contemporary international society and its interdependent, complex and multicentric structure. Based on the hypothetical-deductive method, the exploratory research technique and the bibliographic procedure, the new international actors are considered to play central role in strengthening the weakening of ideas of state sovereignty and modern territorial borders. The result is the formation of a more politically, socially and economically integrated globalized world with the normatization of International Law in the light of human rights as a common ethical minimum. The protection of human rights is thus gradually consolidating in contemporary international society, influencing global legal norms and curbing the classic unrestricted autonomy of national States.

Keywords: Human Rights. International Law. Globalization. New International Actors. State Sovereignty.

INTRODUÇÃO

O panorama da nova ordem mundial, a partir da intensificação dos processos da globalização econômica, política, social e cultural, traz à tona uma série de paradoxos que modificam os sistemas de referência e passam a exigir respostas aos dilemas da humanidade. Desse modo, os fatores internos e externos das nações se confundem e transcendem as fronteiras territoriais, redefinindo as concepções espaço-temporais e corroborando para o crescimento exponencial da complexidade da vida em sociedade.

Com efeito, o caminhar rumo à concretização dos direitos humanos perpassou por uma sequência de fatos históricos que deixaram um forte legado para toda a humanidade. As transformações das últimas décadas no âmbito global, sobretudo no contexto pós-Segunda Guerra Mundial (1945), com a emergência e contínua atuação dos novos atores internacionais – organizações internacionais (OIs), organizações não governamentais (ONGs) e empresas transnacionais (ETNs) –, fragilizaram significativamente a sociedade internacional clássica (sociedade moderna ou westfaliana) centrada nos Estados soberanos.

Frente a essas transformações, em um contexto progressivamente mais célere, efêmero e dotado de liquidez, evidencia-se que o problema central da presente pesquisa reside no questionamento de como se torna possível superar os inúmeros desafios que ameaçam a proteção dos direitos humanos na atualidade, já que os Estados nacionais são demasiadamente pequenos para lidar, sozinhos, com os impasses sociais. Nesse sentido, por meio da utilização do método hipotético-dedutivo, aliado à técnica de pesquisa exploratória e ao procedimento bibliográfico, objetiva-se analisar, em um primeiro momento, a consolidação do Estado moderno e a progressiva relativização da soberania.

Em seguida, reflete-se sobre a atuação dos novos atores internacionais no cenário pós-1945 e, por fim, atenta-se para a necessidade de construção de uma sociedade global que priorize a proteção eficaz dos direitos humanos e a convivência pacífica entre os povos. A pesquisa emerge da hipótese, ao fim corroborada, de que as transformações mundiais conduziram ao deslocamento do velho sistema anárquico de Estados do mundo moderno para uma estrutura muito mais complexa, assentada em uma sociedade multicêntrica e interdependente, ao mesmo tempo que a vida humana passou a ser mundializada e a pressupor a existência de normas jurídicas de alcance global.

De fato, o mundo adquiriu uma conformação inédita, repleta de ambiguidades, e a noção de soberania foi, gradativamente, relativizada em razão da limitação estabelecida pelos direitos humanos, como um mínimo ético a ser observado universalmente pelas estruturas estatais, bem como pelos demais entes atuantes na sociedade internacional. Dessa forma, é evidente que a transponibilidade das fronteiras territoriais e as relações de mútua interação entre os povos se tornam irreversíveis e, por conseguinte, se instituiu uma nova organização no âmbito internacional, mais institucionalizada e integrada. Portanto, pode-se afirmar que essa realidade permite a ampliação dos horizontes de possibilidades para as mais distintas civilizações e, ao mesmo tempo, indica a emergência de desafios inovadores que provocam novos conflitos e, inclusive, ampliam os riscos que dificultam a universalização dos direitos humanos, conforme se constatará no desenvolvimento deste trabalho.

A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO MODERNO E A PROGRESSIVA RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA

A atual forma de organização do mundo remonta à origem do Estado e se fundamenta, primordialmente, no conceito de soberania. Desse modo, o início da era moderna e a afirmação da igualdade jurídica interestatal mediante a consolidação do princípio da soberania foram marcados pela assinatura dos tratados internacionais westfalianos, os quais configuram-se como um verdadeiro divisor de águas político-institucional da Idade Média para a Idade Moderna. Então, a sociedade internacional moderna ou clássica tem início, justamente, no ano de 1648, com a Paz de Westfália, que encerrou a Guerra dos 30 anos. Nesse contexto, consolida-se a figura do Estado como um ente soberano, ou seja, o Estado nacional passa a se situar no centro das relações como o único sujeito da sociedade internacional. Isto significa dizer que inexistiam outras entidades políticas, em esfera mundial, capazes de interceder pacificamente nos conflitos interestatais. A partir dos fundamentos teóricos e históricos a seguir discutidos, caracteriza-se este período civilizacional moderno como anárquico e potencialmente conflituoso[1].

A lógica moderna de Westfália, assentada sobre os pressupostos da soberania absoluta e indivisível dos Estados independentes que se consolidavam livres de qualquer subordinação, não conferia igualdade aos povos e, consequentemente, guiava-se por um conjunto de normas de mútua abstenção do Direito Internacional, formalizadas em 1648, as quais se pautavam nas razões do Estado e no sistema de equilíbrio de poder. Nessa conjuntura, os interesses estatais deveriam sempre prevalecer em relação àqueles de outras entidades típicas de uma sociedade civil internacional, sendo o emprego da violência um recurso considerado como legítimo para assegurá-los.

Enquanto os Estados se afirmavam como unidades políticas centrais da sociedade internacional, as disputas interestatais passaram a ser resolvidas, muitas vezes, através do uso da força, pois inexistia um poder soberano superior comum capaz de solucionar ou mediar as relações anárquicas e conflituosas inerentes da Modernidade[2]. Por isso, esse momento histórico-social se configurou como uma espécie de estado de natureza, no qual todos os Estados tinham plena liberdade para fazer exatamente aquilo que julgavam ser mais favorável aos seus próprios interesses[3].

---

1 BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI:* em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 159-162; MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 38.

2 BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica:* aspectos históricos e teóricos. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 57.

3 LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). *In:* MAGNOLI, Demétrio (org.). *História da Paz:* os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012, p. 247.

À vista disso, pode-se afirmar que os Estados se configuravam, como diria Thomas Hobbes[4], como um mar de *Leviatãs*, permanentemente predispostos ao *bellum omnium*, isto é, a "uma guerra de todos contra todos". Essa condição coloca em primeiro lugar a ideia de interesse nacional e a guerra pode ser definida como a continuação da política por outros meios[5]. Por tais razões, é desejável que os indivíduos se abstenham da força bruta própria do estado de natureza, caracterizado pela barbárie humana, uma vez que a vida nessas condições é "solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta, e o perigo de morte violenta é constante"[6], sendo necessária a substituição dessa reconhecida desordem natural pela ordem civil do Estado e as prerrogativas políticas e jurídicas que ele estabelece.

Nota-se que os contornos e a estrutura marcante do mundo moderno, alicerçado na defesa dos interesses nacionais, tornam o estado de natureza remanescente nas suas mais variadas dimensões no contexto das relações interestatais. Tal fato caracterizou a sociedade internacional surgida da Paz de Westfália como um hipotético período de guerra perpétua entre as nações, no qual os seus dirigentes permaneciam em uma "contínua postura de vigília, com as armas em punho, com as fronteiras fortificadas, os canhões apontados para todos os países que os cercam e dispostos a ampliar seu território e a se apossar dos bens dos demais Estados sempre que possível"[7]. No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli[8] observa que a soberania externa dos Estados é absoluta e equivale a uma liberdade selvagem que reproduz o estado natural de desregramento humano.

Ainda no que se refere às relações políticas interestatais modernas, pode-se assegurar que não há como se esquivar da interpretação de que os fins justificam os meios, elaborada partir da obra "O Príncipe", de autoria de Nicolau Maquiavel[9], prevalecendo sempre as razões do Estado soberano, em que o poder se conforma como uma realidade posta, viabilizando-se a utilização de todos os recursos possíveis se, no entanto, justificada em defesa da instituição estatal. Essa condição levou a humanidade a presenciar situações de extrema conflituosidade econômica, política, social e até aquelas mais brutais suscitadas nos limites da irracionalidade das hostilidades armadas. Tem sentido, então, a fórmula clausewitziana de que a guerra consiste em um instrumento político, ou seja, na realização das relações políticas estatais por outros meios, que se traduz através

---

4 HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2019, p. 138.

5 CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. Tradução de Maria Tereza Ramos. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

6 HOBBES, Thomas, *op. cit*., p. 46.

7 BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit*., p. 161.

8 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno:* nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

9 MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2013.

do exercício da violência armada para eliminar a vida humana e qualquer forma de resistência. Portanto, a máxima de Carl Von Clausewitz[10] expressa que a paz e a guerra estão vinculadas politicamente.

Fato é que essa conjuntura pautada na liberdade anárquica e conflituosa do estado de natureza impulsionou, em um primeiro momento, as disputas imperialistas pelas conquistas de territórios e, em seguida, acabou resultando – e nem poderia ser diferente – na deflagração das duas grandes guerras que assolaram o mundo na primeira metade do século XX. Com efeito, tem-se que o período da sociedade internacional moderna compreende de 1648, com a assinatura da Paz de Westfália, a 1945, com o término da Segunda Guerra Mundial. Esse modelo de sociedade internacional, centrado no poder absoluto dos Estados, apenas entrou em declínio em razão das consequências geradas pela maior guerra registrada na história humana. Este acontecimento bélico-político foi, de fato, um marco histórico de grande importância para a construção da atual conjuntura globalizada, mais interdependente e complexa.

Neste sentido, destaca-se que a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) se concretizou como uma verdadeira guerra de extermínio ao unir a expressiva capacidade bélica às ideologias raciais radicais. A partir desse momento, o fenômeno da guerra ultrapassou a premissa da instrumentalidade clausewitziana da guerra e introduziu a essência de uma nova e terrível possibilidade: o genocídio em massa de grupos humanos minoritários. Desse modo, as destrutivas tecnologias empregadas na maior guerra da história provaram até que ponto os antagonismos e as rivalidades estatais westfalianas podem chegar quando vinculados aos nacionalismos exacerbados que se evidenciam em um panorama anárquico e repleto de desequilíbrios políticos, econômicos e sociais. Esta percepção gerou uma profunda ruptura.

Assim, com o fim desse grande conflito bélico, em 1945, tornou-se imprescindível a produção de um verdadeiro rearranjo das relações internacionais, com a progressiva relativização do conceito de soberania e com a adoção de novas formas para a solução das controvérsias humanas. Frente a isso, constatou-se a necessidade de fortalecimento dos vínculos institucionais e a ampliação das iniciativas multilaterais, ainda embrionárias. Foi justamente por esse motivo que se fortaleceram, no pós-1945, as ações voltadas para a solução pacífica dos conflitos. A partir desse momento, ocorre a passagem da sociedade internacional moderna ou clássica – centrada no modelo de Estados soberanos – para a contemporânea – menos anárquica e conflituosa –, globalizada, multicêntrica, interdependente e repleta de um conjunto de vínculos institucionais que originaram espaços para a conformação de alternativas mais dinâmicas e integradas[11].

---

[10] CLAUSEWITZ, Carl Von, *op. cit.*, p. 27.

[11] BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit.*, 2001.

Este processo relativiza as fronteiras nacionais e impulsiona a emergência de uma nova etapa da sociedade internacional, repleta de complexidades. Nas palavras de Octavio Ianni, esta nova fase pode ser denominada de sociedade "global, globalizante ou globalizada"[12]. Isto é, constitui-se uma profunda ruptura histórica que "oportuniza uma maior inter-relação entre as nações [do mundo]"[13]. Dito de outra forma, a referida transformação se caracteriza, de acordo com Gilmar Antonio Bedin, como um acontecimento relevante e que se dirige "à redução das distâncias, à aceleração do tempo, à quebra das identidades nacionais, à ruptura das fronteiras e à conformação de novas relações políticas"[14].

Desse modo, a sociedade internacional passa por uma grande transformação e o papel dos Estados soberanos é relativizado. Isso pressupõe afirmar que, consoante Liszt Vieira, esses fatores desafiavam "as fundações e os princípios políticos do Estado da ordem de Westfália"[15], afetando o papel da soberania de uma maneira irremediável. No mesmo sentido, Michael Hardt e Antonio Negri[16] sustentam que a revolucionária configuração mundial estabelecida pelo incremento do fenômeno da globalização acarretou uma verdadeira ruptura do sistema soberanista estatal porque, "na era da interdependência global, seria anacrônico apostar ainda no modelo de Westfália para garantir a [nova] ordem mundial"[17].

No entanto, as transformações que se sucedem não são capazes de decretar o fim do Estado nacional, pois, conforme assevera Raimundo Batista dos Santos Junior, as relações internacionais "nunca foram estáticas, pelo contrário, sempre se caracterizaram pelo seu alto dinamismo, mas nem por isso desaparecem de um dia para o outro, principalmente quando se encontram solidificadas"[18]. Isso significa que o Estado não desaparece das relações internacionais, mas apresenta uma expressiva relativização no tocante à soberania externa. Destarte, a essência estatal que reside no conceito de soberania vem sendo drasticamente redefinida no jogo das relações, dos processos e das estruturas que se configuram na nova era contemporânea[19]. Nota-se que a grande discussão que se impõe

---

12 IANNI, Octavio. *A era do globalismo.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 188.

13 MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade.* Ijuí: Unijuí, 2005, p. 104.

14 BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit.*, p. 130.

15 VIEIRA, Liszt. Morrer pela Pátria? Notas sobre identidade nacional e globalização. *In*: VIEIRA, Liszt (org.). *Identidade e globalização.* Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 78.

16 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão:* guerra e democracia na era do Império. Tradução de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 10.

17 ZOLO, Danilo. *Rumo ao Ocaso Global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*. Organização de Maria Luiza A. Feitosa e Giuseppe Tosi. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 32.

18 SANTOS JUNIOR, Raimundo Batista dos. *A globalização ou o mito do fim do Estado.* Ijuí: Unijuí, 2007, p. 16.

19 MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras:* do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2014, p. 203; SANTOS JUNIOR, Raimundo Batista dos, *op. cit.*, p. 85.

nesse momento incide no fato de compreender se o incremento do fenômeno da globalização significa ou não o aniquilamento do Sistema de Westfália, no qual o Estado constituía-se no principal, senão o único, ator da política mundial.

Este fato, para Otfried Höffe, "cria uma necessidade de atuação que os Estados individualmente não conseguem superar por si mesmos"[20]. Cabe observar que a rigidez das limitações geográficas das nações, consubstancialmente determinadas pela concepção de soberania, se esboroa em razão das relações de interdependência e de aproximação travadas para além das fronteiras estatais que pareciam, até então, cristalizadas[21]. Nesse ínterim, o modelo moderno dos Estados soberanos é colocado em xeque e ampliam-se as complexidades do entorno que delineia a sociedade em busca de respostas globais para uma infinidade de dramas e dilemas humanos. Portanto, estabelece-se uma ordem mundial inédita e que se caracteriza pelo surgimento dos novos atores internacionais, pelo delineamento de um conjunto de possibilidades mais prósperas e pela formulação de paradigmas diversos que visam à manutenção da paz e à universalização da proteção dos direitos inerentes à humanidade como um todo harmônico e plural.

O PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E A EMERGÊNCIA DOS NOVOS ATORES INTERNACIONAIS

A época mais mortífera da história humana foi o século XX. O motivo de tal fato é que esse período histórico foi praticamente um momento de guerras ininterruptas, as quais foram incrementadas ao ponto de transformar e destruir o planeta. Sobre isso, Eric Hobsbawm lembra que "o mundo como um todo não teve paz desde 1914"[22], visto que foi "dominado por guerras mundiais, ou seja, guerras entre Estados territoriais ou alianças [estatais]"[23]. No entanto, as questões acerca da guerra e da paz passaram a ser rediscutidas a partir de uma análise do passado e do futuro do Estado nacional, do multilateralismo emergente dos novos atores internacionais e da urgência pela proteção universal dos direitos humanos. Fato é que a sociedade internacional, com o término da Segunda Guerra Mundial, se colocou claramente o desafio de buscar o "estabelecimento de uma paz duradoura para compensar os anos de sofrimento e horror que a humanidade havia passado nos 2.174 dias de guerra"[24].

---

20 HÖFFE, Otfried. Estados nacionais e direitos humanos na era da globalização. *In*: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 309.

21 IANNI, Octavio, *op. cit*., p. 167.

22 HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 21-22.

23 HOBSBAWM, Eric, *op. cit*., p. 21-22.

24 TOTA, Pedro. Segunda Guerra Mundial. *In:* MAGNOLI, Demétrio (org.). *História das guerras*. São Paulo: Contexto, 2011, p. 387.

O caminhar rumo à concretização dos direitos inerentes a toda humanidade perpassou por uma série de fatos sociais, os quais deixaram um forte legado para os povos no sentido de que as atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras mundiais não poderiam, em hipótese alguma, acontecer novamente[25]. Diante disso, nota-se a necessidade de fortalecimento das instituições de caráter multilateral e a ampliação das iniciativas de interdependência. Foi então que, a partir de um conjunto de reflexões, surgiu a ideia da constituição de uma ampla organização internacional com o objetivo de promover a manutenção da paz entre as nações e a segurança coletiva da humanidade. A opção foi pela criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Esta foi formalizada em 26 de junho de 1945, na Conferência de São Francisco (EUA), com a assinatura da Carta das Nações Unidas por 50 países[26]. A partir disso, a ONU tem se constituído no mais complexo espaço institucional de diálogo dos Estados e na referência mais importante para fixação de uma nova ordem política na sociedade mundial.

Após o mundo ter assistido a uma série de barbáries durante as grandes guerras do século XX, elaborou-se um conjunto de estratégias e debates acerca da instituição de um sistema internacional pacífico e estável. Desde a sua criação, a ONU vem propondo novos ideais de justiça e igualdade entre os povos, livres das incongruências e dos impasses políticos que ocasionaram o fracasso da Liga das Nações (LDN). Nesse quadro também resta evidente a importância da internacionalização da proteção dos direitos humanos, como uma categoria universal e indivisível, nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), promulgada em 1948[27]. A partir deste fato, vários tratados internacionais acerca da temática em tela foram adotados, chegando, hoje, à formação de um verdadeiro sistema internacional de proteção dos direitos humanos[28].

Com este processo, surgiu um novo ramo do Direito: o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além disso, é importante destacar que a tutela dos indivíduos passou a ser percebida como um tema de legítimo interesse universal ou global. Com isto, concretizam-se as duas tendências mais importantes da sociedade internacional do segundo pós-guerra. A primeira diz respeito à

---

25 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

26 GONÇALVES, Williams. *Relações internacionais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 17; NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas (1945). Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) – UNIC, 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

27 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41; NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*. Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) – UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

28 BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit*., p. 269.

relativização ou ao enfraquecimento do modelo de soberania tradicional dos Estados. A segunda estabelece que os indivíduos, independentemente de suas nacionalidades ou da sua eventual condição de apátrida, têm direitos protegidos na sociedade internacional.

Desta forma, se no período anterior à DUDH de 1948[29] a sociedade internacional preocupava-se, sobretudo, com as questões relativas à paz, à guerra e à manutenção da segurança mundial, atualmente, o seu foco de atenção se estende à proteção dos direitos humanos, que decorrem dos ideais de cooperação e solidariedade entre os povos. Nesse novo cenário, possui um papel importante, também, o surgimento dos chamados novos atores internacionais. Entre estes, destacam-se as organizações internacionais (OIs), as empresas transnacionais (ETNs) e as organizações não governamentais (ONGs). Os novos atores reforçam os espaços de diálogo entre os Estados e conduzem à fixação de princípios típicos de "uma sociedade plural [e interdependente], voltada para o respeito aos direitos humanos e à cooperação para o desenvolvimento e paz da humanidade"[30].

Dentre os novos atores, as organizações internacionais (ou organizações intergovernamentais) apresentam uma trajetória mais longa[31] e de maior reconhecimento no âmbito da sociedade internacional. Tais entidades, regidas por normas do Direito Internacional, são constituídas a partir de acordos ou tratados consensuais firmados em associações livres e voluntárias entre Estados nacionais, os quais possuem interesses comuns. De um modo geral, as organizações internacionais (OIs) – dotadas de personalidade jurídica, órgãos e institutos próprios – objetivam estabelecer os ideais de cooperação a partir da criação de espaços dialógicos de aproximação formal e da melhoria de condições dos seus países

---

[29] NAÇÕES UNIDAS, *op. cit.*

[30] MENEZES, Wagner, *op. cit.*, p. 40.

[31] Como um fenômeno relativamente recente, evidencia-se que as organizações internacionais apresentam antecedentes históricos que remontam ao século XIX, uma vez que a primeira entidade de caráter internacional, criada no ano de 1815 e com peculiaridades semelhantes às atuais, foi a Comissão Central para a Navegação do Reno. Foi na segunda metade do século XIX que o mundo presenciou uma verdadeira proliferação das organizações internacionais, as quais pretendiam regular as mais variadas áreas de atividade. Entre 1865 e 1914, emergiram mais de trinta OIs de cooperação, tais como a União Telegráfica Universal (1865), a União Postal Universal (1874), o Escritório Internacional de Pesos e Medidas (1875), a Organização Internacional Meteorológica (1878) e a União Radiotelegráfica Universal (1906). Além disso, merecem destaque, na condição de OI, a Liga das Nações (LDN) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), instituídas após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, com a assinatura do Tratado de Versalhes e a preocupação mundial em garantir a paz por meio da cooperação interestatal. Paralelamente ao esforço pela paz mundial, foram criadas organizações como a Interpol (1923) e o Banco de Compensações Internacionais (1930), que visavam a um maior apoio às áreas criminal e financeira (BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit.*, p. 275; MATIAS, Eduardo Felipe Pérez, *op. cit.*, p. 263; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 35).

membros[32]. O aumento da interdependência entre os povos e a flexibilidade no funcionamento das OIs possibilitaram que esses atores adquirissem um espaço cada vez mais expressivo como sujeitos nas relações internacionais da Contemporaneidade, voltados para a manutenção da paz e para o fomento do desenvolvimento mundial a partir de um conjunto de ações e resoluções com efeitos jurídicos. Além disso, consoante o entendimento de Antonio Augusto Cançado Trindade, "a crescente atuação das organizações internacionais tem sido um dos fatores mais marcantes na evolução do Direito Internacional Contemporâneo"[33].

Nesse sentido, Wagner Menezes[34] lembra que as organizações internacionais podem ser classificadas como: entidades de cooperação interestatal, organismos internacionais especializados e blocos econômicos de integração regional. As primeiras estabelecem uma aliança de cooperação aberta interestatal – sem um aprofundamento integracionista ou rigidez jurídica – apresentando objetivos de ajuda e controle mútuo[35]. Já os organismos internacionais especializados são aqueles que apresentam disposição própria e se vinculam à ONU com o objetivo de promover ações mais integradas e efetivas no atendimento de demandas específicas e no desenvolvimento da sociedade internacional[36]. Por fim, os blocos econômicos de integração regional consistem nas organizações internacionais, com sistema normativo internacional próprio, em que os Estados de um determinado espaço geográfico comum se associam para integrar os setores econômicos, agrupar parceiros comerciais e implantar práticas mercantis que repercutem transnacionalmente. Essa regionalização consiste em uma série de tendências dos Estados de unirem suas forças – mesmo que isso signifique a relativização da soberania pela abertura das fronteiras – em razão de um projeto comum[37].

---

32 BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit.*, p. 271; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva, *op. cit.*, p. 15.

33 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito das organizações internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 23.

34 MENEZES, Wagner, *op. cit.*, p. 48.

35 Dentre as entidades de cooperação interestatal, sobressaem-se: a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) etc. (BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit.*, p. 295; MENEZES, Wagner, *op. cit.*, p. 49).

36 Em relação aos organismos internacionais especializados, destacam-se: a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), entre outros (BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit.*, p. 295; MENEZES, Wagner, *op. cit.*, p. 50).

37 Esse processo novo de integração econômica regional no panorama internacional trouxe à tona inúmeros megablocos, tais como: a União Europeia (UE), o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), o Mercado

Relativamente às organizações não governamentais (ONGs), destaca-se a notória importância empregada a essas entidades nas últimas três décadas do século XX. Entretanto, as ONGs possuem precedentes, tendo surgido ainda na Idade Média[38]. Apesar das referências longínquas, foi na Modernidade que surgiram organismos internacionais semelhantes às organizações não governamentais, como a Ordem Rosacruz (1649) e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha – CICV[39] (1863)[40]. Esses dinâmicos atores são criados pela sociedade civil internacional mediante a associação livre e espontânea de pessoas (privadas ou públicas, físicas ou jurídicas). Isso significa que as ONGs não se constituem como estruturas intergovernamentais amparadas pelos Estados, e surgem, justamente, na falha da estrutura estatal – ou das organizações internacionais – para suprir as inúmeras lacunas existentes que não são sanadas pelos governos nacionais.

As referidas organizações, alicerçadas no princípio da autonomia e da solidariedade nasceram "das necessidades da própria sociedade, que busca, através delas, suprir suas demandas e delinear formas alternativas, mais ágeis e flexíveis para solucionar os seus problemas"[41]. Além disso, é importante ressaltar que as ONGs[42] não têm fins lucrativos e, portanto, estão intimamente relacionadas ao

---

Comum do Sul (MERCOSUL) e a União Africana (UA). Além disso, discute-se a proposta de criação de bloco econômico que instituiria uma zona de livre comércio entre os países das Américas do Norte, Central e Sul: a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) (BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit*., p. 295-296; MENEZES, Wagner, *op. cit*., p. 50-52).

38 A origem das organizações não governamentais (ONGs) é bastante antiga. Alguns autores, inclusive, fazem referência a sua existência na Idade Média, vinculadas à estrutura da Igreja (OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais:* estudos de introdução. Curitiba: Juruá, 2001, p. 236).

39 Criado em 1863, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha caracteriza-se como um organismo internacional híbrido, pois consiste em uma organização privada suíça de caráter internacional. As atividades do Comitê são reconhecidas pelos Estados signatários das Convenções de Genebra. Desde a sua criação até a Contemporaneidade, o CICV possui um enorme reconhecimento, na medida em que expande suas ações pelo mundo com o único objetivo de "garantir a proteção e a assistência às vítimas de conflitos armados e tensões." (CIVC. *Quem somos:* história. CIVC – Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2019. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/o-cicv/historia>. Acesso em: 30 jun. 2020).

40 OLIVEIRA, Odete Maria de, *op. cit*., p. 236.

41 BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit*., p. 297.

42 Vale ressaltar que as organizações não governamentais – ONGs se classificam em dois grandes tipos: a) de concentração; e b) de intervenção. As primeiras apresentam características de permanência, de continuidade para buscar posicionamentos comuns entre os parceiros, de cooperar com suas políticas de ação e de coordenar metas. Dentre este tipo de ONGs, possuem maior visibilidade na sociedade internacional as federações internacionais de futebol – regionais ou universais (como a FIFA, UEFA, CONMEBOL Sul-Americana) –, as federações de automobilismo, o Comitê Olímpico Internacional (COI) que organiza os Jogos Olímpicos de inverno e verão. O segundo tipo de ONGs identifica-se pela necessidade de estabelecer respostas imediatas aos desafios concretos e pela solidariedade ativa nas suas principais áreas de

grau de participação dos cidadãos na sociedade civil, por meio da iniciativa privada ou mista, para solucionar questões morais, ideológicas, religiosas e culturais de interesse público[43].

Por sua vez, as empresas transnacionais (ETNs) assumiram uma vasta relevância e o verdadeiro *status* de ator internacional após a Segunda Guerra Mundial, em razão da necessidade do restabelecimento das relações econômicas e comerciais. Contudo, o processo de constituição dessas entidades iniciou-se na Europa do século XIX – sendo, ainda, encontrados alguns registros de companhias que atuavam multinacionalmente no período do colonialismo europeu, como a Companhia das Índias Orientais – e, por conseguinte, desenvolveu-se de uma forma célere nos setores mais importantes da economia da época: a produção de alimentos, a indústria farmacêutica e a extração de carvão e aço[44].

Mesmo que tenham sido estabelecidas há algum tempo, pode-se afirmar que as empresas transnacionais são um fenômeno recente e portadoras de uma dinâmica bastante complexa. Isso se deve ao fato de que, após as grandes guerras mundiais do século passado e com a superação das crises que atingiram os setores econômicos e financeiros, ocorreram enormes avanços científicos e tecnológicos, os quais contribuíram para o amplo desenvolvimento nos mais variados setores de produção e conduziram ao surgimento de uma infinidade de produtos, serviços, demandas e hábitos de consumo[45].

Foi no pós-1945 que se sucedeu a progressiva abrangência e universalização das ETNs, ao passo que essas foram adquirindo novos contornos institucionais

---

atuação, quais sejam: os direitos humanos, o meio ambiente e a assistência humanitária em todos os países. Normalmente, esses organismos entram em conflito com os Estados soberanos pelo fato de que ultrapassam as fronteiras territoriais ao exercerem suas atividades. Dentre as organizações não governamentais de intervenção, destacam-se o *Greenpeace*, a Anistia Internacional, a Organização dos Médicos sem Fronteiras, a *Mercy Corps* e a *Save the Children* (BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit*., p. 303-304).

43 VIEIRA, Carlos Alberto Adi. A face oculta da globalização: o trabalho mundial das ONGs. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de (coord.). *Relações internacionais e globalização:* grandes desafios. Ijuí: Unijuí, 1999, p. 163; CARVALHO, Nanci Valadares de. *Autogestão:* o nascimento das ONGs. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 13.

44 Nesses setores, em razão das novas descobertas tecnológicas do século XIX – impulsionadas pelo primeiro processo de internacionalização da economia ou onda da globalização e pelo desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte –, bem como pela crescente exploração e comercialização de matérias-primas, verifica-se que as primeiras e principais empresas transnacionais da história são: a *Cockerill*, empresa belga de carvão e aço que se instalou na Prússia no ano de 1815; a *Singer*, empresa de manufatura norte-americana de máquinas de costura, criada em 1851; a *Bayer*, empresa farmacêutica e química alemã, fundada no ano de 1863; a *Nestlé*, empresa suíça do setor de alimentos, estabelecida em 1867; a *Solvay*, empresa química belga que foi criada em 1881; a *Lever*, empresa de bens de consumo inglesa, constituída em 1890; a *Michelin*, empresa francesa fabricante de pneus, fundada em 1893 etc. (OLIVEIRA, Odete Maria de, *op. cit*., p. 253).

45 MATIAS, Eduardo Felipe Pérez, *op. cit*., p. 126; OLIVEIRA, Odete Maria de, *op. cit*., p. 252.

e um sistema econômico de alcance planetário. A universalização das empresas transnacionais deu-se sob a hegemonia estadunidense, uma vez que as principais empresas europeias se encontravam destruídas no contexto pós-Segunda Guerra Mundial e, consequentemente, apenas poderiam ser reconstruídas com o apoio dos Estados Unidos da América (EUA). Com o aumento dos fluxos econômicos e através da regulamentação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), as ETNs consolidaram-se como relevantes atores internacionais no panorama da sociedade contemporânea, ultrapassando as fronteiras territoriais, alterando o mercado de trabalho, os níveis de vida, os fluxos de capitais, o câmbio das moedas de cada Estado nacional em que constituem filiais[46].

À vista disso, os referidos atores se caracterizam pela sua essência privada em sentido estrito – submetidos a uma ou mais ordens jurídicas nacionais – e pela intensa busca de fins lucrativos, até porque as empresas transnacionais não atuam apenas no país onde se localiza a matriz (base nacional), mas espalham as suas atividades em outros Estados, mediante a instalação de filiais. Através dessa estrutura hierarquicamente centralizada, origina-se uma verdadeira rede de relações interdependentes e de fluxos contínuos integrados entre as mais diversas regiões do planeta, transpondo os limites das fronteiras territoriais dos Estados e reduzindo as distâncias. Portanto, evidencia-se que a operacionalidade das ETNs é ditada pela competitividade global, na qual os processos de produção internacionalizada regem-se apenas pelo princípio da maximização dos lucros ao menor custo econômico e, em consequência, não visam à construção de espaços plenamente democráticos e voltados para a consolidação de uma comunidade civil mundial[47].

A PROTEÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Os fatos analisados produziram uma profunda transformação da sociedade internacional. De fato, a referida sociedade se torna mais interdependente, complexa e institucionalizada. Por isso, tem razão Costas Douzinas quando afirma que "a [emergência da] economia globalizada assinala o fim do Leviatã"[48]. Nesta nova realidade, a proteção internacional dos direitos humanos se fortalece e impulsiona a formação de um verdadeiro sistema internacional em defesa dos aludidos direitos. Isso fica evidente, como bem lembra Doglas Cesar Lucas, uma vez que o "reconhecimento formal, universal e expresso de tais direitos no pós-

---

46 BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit.*, p. 311; MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais.* Tradução de Ivonne Jean. Brasília: UNB, 1991, p. 290.

47 BEDIN, Gilmar Antonio, *op. cit.*, p. 312-319.

48 DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos.* Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 378-379.

-segunda guerra inaugurou uma nova etapa para as relações internacionais e para a afirmação de limites substanciais às soberanias nacionais"[49].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é concebida, na lição de Fábio Konder Comparato[50], como o momento culminante de um processo ético iniciado com as declarações originárias da Independência dos EUA, publicada em 1776, e da Revolução Francesa, publicada em 1789, cujo resultado foi o reconhecimento do ser humano como fonte de todos os valores, independentemente de qualquer condição. A partir dos sobretidos textos declarativos, de acordo com os ensinamentos de Celso Lafer[51], o homem – considerado como espécie – se torna a fonte da lei. O processo, iniciado no século XVIII, tinha o objetivo de outorgar aos direitos, antes irradiantes da noção de igualdade de todos perante Deus, uma dimensão racionalizada de estabilidade, permanência e segurança, haja vista a positivação em documentos de alcance supraestatal.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a efetiva universalidade dos direitos humanos foi motivada apenas no ano de 1945, em razão da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), e sedimentou-se, posteriormente, em 1948, com a promulgação da DUDH, quando os países ocidentais definiram "os direitos humanos como ponto de partida para a construção de um padrão moral e ético que deveria ser observado e respeitado [por todos]"[52]. Neste sentido, Flávia Piovesan[53] avalia os instrumentos internacionais de direitos humanos como notoriamente universalistas em virtude de visarem à salvaguarda universal dos preceitos tidos como fundamentais, embora esta situação tenha recebido inúmeras críticas dos relativistas, os quais defendem a necessidade de se observar as peculiaridades culturais, econômicas, morais, políticas e sociais de cada região do mundo.

A ideia relativista – para a qual não há uma visão universal única capaz de definir somente um conjunto de direitos – critica a ideia universalista com fundamento em uma arrogância de imperialismo cultural nutrida no ocidente e direcionada a destruir a diversidade cultural do mundo. Em resposta a essa crítica, os universalistas sustentam que os relativistas tendem a justificar violações de direitos humanos em razão da suposta imunidade ao controle exercido pela comunidade internacional[54]. Para Lucas, todavia, "a ideia de universalidade não

---

49 LUCAS, Doglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade:* um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 138.

50 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

51 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997.

52 MENEZES, Wagner, *op. cit.*, p. 77.

53 PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*

54 PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*

defende uma postura homogeneizante e indiferenciada emanada de determinados impérios culturais ou políticos, mas a possibilidade de se estabelecer um ponto de partida comum"[55], pois a sociedade contemporânea, marcadamente diversa, "não precisa aceitar os mesmos instrumentos e tampouco os mesmos conceitos, mas precisa aprender a dialogar a partir de uma base comum de valores humanos"[56].

Frente a isso, esses marcos históricos de caráter universal foram cruciais para a mudança paradigmática das relações internacionais, tendo visivelmente definidos os objetivos de manter a paz e garantir a tutela dos direitos humanos. Dessa forma, os indivíduos passaram a deter o foco da atenção internacional e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana se estabeleceu como um princípio absoluto e universal, consolidando o pressuposto de limitação da soberania estatal e expandindo os horizontes de possibilidades para a proteção dos direitos humanos na esfera internacional[57]. E foi justamente este fato, conforme Ferrajoli, que tornou possível, e ainda "mais concreta do que em qualquer outro momento do passado, a hipótese de uma integração mundial baseada no direito"[58].

Nesse cenário, os direitos humanos firmam-se com um inegável vigor, enquanto um campo autônomo do direito e dotado de especificidade própria, constituindo-se muito mais que uma simples estrutura estatal ou internacional institucionalizada. Para Cançado Trindade, "a conformação deste novo e vasto *corpus juris* vem atender a uma das grandes preocupações de nossos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância"[59], pois as violações de direitos humanos, mesmo que se modifiquem, também se perpetuam ao longo dos séculos. Dito de outra forma, o conceito de direitos humanos se vê ampliado na medida que passa a incluir não apenas direitos previstos em âmbito interno, mas, inclusive, os direitos internacionalmente anunciados.

Daí, portanto, fica evidente que o movimento de internacionalização dos direitos humanos não aconteceu por acaso. Muito pelo contrário, ele surge da necessidade de redefinição de um conjunto de princípios que organizaram a relação entre os Estados e que se esgotaram pelas atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial. Nesta perspectiva, Piovesan pondera que a proteção internacional dos direitos humanos configura um verdadeiro esforço voltado para a afirmação e, inclusive, para o reconhecimento dos direitos humanos "como

---

55 LUCAS, Doglas Cesar, *op. cit*., p. 45.

56 LUCAS, Doglas Cesar, *op. cit*., p. 43.

57 LAFER, Celso. *Direitos humanos:* um percurso no Direito no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 3-5.

58 FERRAJOLI, Luigi, *op. cit*., p. 47.

59 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Apresentação. San José da Costa Rica, 24 maio 1996. *In*: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63.

paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. [Portanto], se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução"[60].

Além do mais, uma das principais comprovações desse movimento de fortalecimento e de reconstrução[61] dos direitos humanos no século XX, reside no reconhecimento da personalidade jurídica do indivíduo junto ao Direito Internacional, especialmente se forem consideradas questões como a responsabilização e a capacidade postulatória em algumas cortes internacionais. Nas palavras do cientista político David Held, em democracias liberais de governos cosmopolitas "os seres humanos são reconhecidos como membros ativos do mundo"[62]. Então, o indivíduo como sujeito de Direito Internacional, decorrência evidente do soerguimento da afirmação do protagonismo dos direitos humanos na contemporaneidade, consubstancia uma das contribuições mais poderosas para a mudança da estrutura e da função do fenômeno jurídico na governança global.

Neste sentido, a defesa dos direitos humanos deve gerar um grande fortalecimento e instalar "as condições de possibilidade para fazer aflorar, sem muitas delongas, uma materialidade necessária à concepção dos valores morais, que são a base de sua universalidade"[63]. É justamente isso que permitirá a conscientização de todos da "responsabilidade coletiva, não apenas como nação, mas como parte de uma comunidade internacional baseada no compromisso com a igualdade e com a cooperação não violenta"[64]. Isso exige um verdadeiro esforço para o reconhecimento da importância e do protagonismo da sociedade civil mundial, a partir de um conjunto de reivindicações morais e demandas capazes de assegurar a internacionalização da proteção dos direitos humanos como instrumentos aptos a mitigar o regresso do soberanismo estatal desenfreado.

Um bom exemplo disso é que com a alteração da clássica lógica westfaliana, que se baseava nas relações de coexistência conflituosa entre os Estados soberanos, sobreveio uma maior mediação dos conflitos internacionais e novas formas de proteção da vida dos seres humanos. Assim sendo, há uma verdadeira necessidade de fortalecimento dessas novas instituições e seus instrumentos a fim de permitir que os direitos humanos sejam encarados, de fato, como universais, ou seja, pertencentes a todos. Desta forma, o exercício livre e absoluto da soberania será superado e o Mundo de Westfália completamente substituído.

---

60 PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 202.

61 LAFER, Celso, 1997, *op. cit.*

62 HELD, David. *Cosmopolitismo:* ideales y realidades. Traducción de Dimitri Fernández Bobrovski. Madrid: Alianza Editorial, 2012, p. 58.

63 LUCAS, Doglas Cesar, *op. cit.*, p. 160.

64 Tradução nossa. Texto original: "responsabilidad colectiva, no sólo como nación sino como parte de una comunidad internacional basada en el compromiso con la igualdad y con la cooperación no violenta" (BUTLER, Judith. *Vida precaria:* el poder del duelo y la violencia. Traducción de Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 42).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema central do presente trabalho foi a transformação da sociedade internacional no pós-Segunda Guerra Mundial. Neste sentido, propôs-se a aprofundar o declínio do papel dos Estados soberanos e a emergência dos novos atores internacionais. É que o encontro destes dois fatos impulsionou a construção de uma sociabilidade de alcance planetário pautada por novos fluxos globais e, em consequência, ampliou a complexidade e a interdependência da sociedade internacional contemporânea. Este processo intensificou a busca de solução pacífica dos conflitos internacionais e, em especial, fomentou a proteção internacional dos direitos inerentes a todos os seres humanos.

A sociedade internacional moderna ou clássica iniciou, formalmente, com a Paz de Wesfália em 1648. Os Estados nacionais constituíam-se como unidades políticas centrais e as disputas interestatais eram, frequentemente, resolvidas com o uso da força devido à ausência de um poder soberano superior apto a solucionar ou mediar as relações caracterizadas como anárquicas ou conflituosas. O término desta fase da história ocorreu no ano de 1945 com o fim da Segunda Guerra Mundial. O referido modelo de sociedade internacional, baseado no poder absoluto dos Estados-nação, entrou em declínio em virtude dos efeitos do sobredito evento bélico. A partir de então, tornou-se inevitável a reconfiguração das relações internacionais com a progressiva relativização do conceito de soberania e com a adoção de formas pacíficas de resolução das controvérsias.

A nova tessitura da sociedade internacional estabelece-se como uma ordem mundial inédita e caracterizada pela ascensão dos novos atores internacionais, como as organizações internacionais (OIs), empresas transnacionais (ETNs) e organizações não governamentais (ONGs); pelo delineamento de uma série de possibilidades mais prósperas; e pela formulação de paradigmas diversos com o intuito de manter a paz e defender os direitos humanos. Com o vindouro Direito Internacional dos Direitos Humanos, a tutela dos indivíduos tornou-se um assunto de interesse mundial. Com efeito, concretizam-se as duas tendências elementares da sociedade internacional do segundo pós-guerra, quais sejam: a mitigação da soberania estatal tradicional e a universalidade dos direitos humanos.

Os marcos iniciais fundamentais da proteção dos direitos humanos foram a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, chegando até a atualidade (apesar da ocorrência de um ou outro recuo secundário). Desse modo, é possível afirmar que a luta pela formação de um sistema internacional dos direitos humanos é, hoje, uma realidade e a busca por sua plena efetividade um dos grandes desafios do século XXI. Os desafios parecem, ainda, imensos, mas os primeiros significativos passos já foram dados e o futuro depende das opções coletivas que as nações estão dispostas a fazer.

À vista disso, os novos atores internacionais são fundamentais, uma vez que contestam a perspectiva soberanista e territorial das nações e contribuem para a consolidação de um mundo mais transponível, pacífico e solidário. A atuação destes atores no âmbito das sociedades nacionais consegue, em certa medida, refrear efetivamente a ação dos Estados, os quais não são mais detentores de uma soberania absoluta e ilimitada, bem como a aplicação de medidas estatais que, muitas vezes, podem possuir um caráter excludente e violador de direitos e garantias fundamentais. Por fim, conclui-se que a universalização dos direitos humanos ainda terá um longo percurso para se tornar uma pauta mais contundente na agenda mundial. Mesmo assim, o avanço alcançado, mormente após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), é algo inegável.

REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI:* em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica:* aspectos históricos e teóricos. Ijuí: Unijuí, 2011.

BUTLER, Judith. *Vida precaria:* el poder del duelo y la violencia. Traducción de Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Apresentação. San José da Costa Rica, 24 maio 1996. *In*: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63-70.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito das organizações internacionais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CARVALHO, Nanci Valadares de. *Autogestão:* o nascimento das ONGs. São Paulo: Brasiliense, 1995.

CIVC. *Quem somos:* história. CIVC – Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2019. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/o-cicv/historia>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. Tradução de Maria Tereza Ramos. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos.* Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno:* nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONÇALVES, Williams. *Relações internacionais.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão:* guerra e democracia na era do Império. Tradução de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

HELD, David. *Cosmopolitismo:* ideales y realidades. Traducción de Dimitri Fernández Bobrovski. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2019.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo.* Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HÖFFE, Otfried. Estados nacionais e direitos humanos na era da globalização. *In*: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e legitimidade.* São Paulo: Landy, 2003.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). *In:* MAGNOLI, Demétrio (org.). *História da Paz:* os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012, p. 247-274.

LAFER, Celso. *Direitos humanos:* um percurso no Direito no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1.

LUCAS, Doglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade:* um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2013.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras:* do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe.* Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2013.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade.* Ijuí: Unijuí, 2005.

MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais.* Tradução de Ivonne Jean. Brasília: UNB, 1991.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas (1945)*. Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) – UNIC, 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*. Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) – UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais:* estudos de introdução. Curitiba: Juruá, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS JUNIOR, Raimundo Batista dos. *A globalização ou o mito do fim do Estado.* Ijuí: Unijuí, 2007.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOTA, Pedro. Segunda Guerra Mundial. *In:* MAGNOLI, Demétrio (org.). *História das guerras.* São Paulo: Contexto, 2011. p. 355-389.

VIEIRA, Carlos Alberto Adi. A face oculta da globalização: o trabalho mundial das ONGs. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de (coord.). *Relações internacionais e globalização:* grandes desafios. Ijuí: Unijuí, 1999, p. 151-174.

VIEIRA, Liszt. Morrer pela Pátria? Notas sobre identidade nacional e globalização. *In*: VIEIRA, Liszt (org.). *Identidade e globalização.* Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 61-86.

ZOLO, Danilo. *Rumo ao Ocaso Global? Os direitos humanos, o medo, a guerra.* Organização de Maria Luiza A. Feitosa e Giuseppe Tosi. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

Data de recebimento: 15/07/2020

Data de aprovação: 20/09/2020

EXISTE UMA CIÊNCIA DO DIREITO?

IS THERE A SCIENCE OF LAW?

Sergio Nojiri[*]

RESUMO

Falar em ciência jurídica tornou-se lugar-comum. No entanto, não está muito claro se o estudo de regras, princípios e instituições de direito, realizado por juristas, pode ser considerado uma atividade tipicamente científica. A fim de se alcançar uma resposta para este problema será realizada uma breve apresentação dos primeiros e principais cientistas da história, das teorias filosóficas acerca da ciência e, por fim, de teorias filosóficas e jurídicas sobre a natureza do direito. Busca-se, mediante a investigação de cientistas e teorias da ciência, a obtenção de uma resposta – ainda que provisória – para esta difícil questão.

Palavras-chave: Ciência. Filosofia. Metodologia. Teoria do Direito. Estudo Científico do Direito.

ABSTRACT

It has become commonplace to speaking of legal science. However, it is not clear whether the study of legal rules, principles and institutions conducted by jurists can be considered a typically scientific activity. In order to find an answer to this problem, a brief presentation will be made of the first and foremost scientists in history and philosophical theories about Science, as well as philosophical and legal theories on the nature of law. Through the investigation of scientists and theories of science, it seeks to obtain an answer – if only provisional – to this difficult question.

Keywords: Science. Philosophy. Methodology. Jurisprudence. Scientific Study of Law.

INTRODUÇÃO

Embora tenha se tornado lugar-comum falar em ciência jurídica, não é muito claro se a investigação das regras, princípios e instituições do direito pode

[*] Livre-docente pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: nojiri@usp.br.

ser considerada uma atividade tipicamente científica. Afinal, o que poderia haver em comum entre, por exemplo, a compreensão do Bóson de Higgs, o desenvolvimento de uma inteligência artificial ou a solução de um problema em nanotecnologia com distinguir regras de princípios, reconhecer o valor de uma norma ou classificar uma instituição? As atividades de pesquisa realizadas em uma faculdade de direito podem ser comparadas com as de cientistas em laboratórios de física, química ou biologia?

A fim de se alcançar uma resposta para estes problemas, serão apresentados, na primeira parte deste trabalho, breves relatos de alguns dos primeiros cientistas da história. Da Grécia antiga a Albert Einstein, serão retratadas relevantes personagens da pesquisa científica. Na segunda parte, serão expostas teorias de alguns dos principais filósofos da ciência que discorreram sobre o método científico. Neste tópico, o objeto não é mais a prática científica, mas um pensar sobre o que, de modo geral, significa fazer ciência. Trata-se de uma reflexão epistemológica. E, por último, uma abordagem sobre o campo do direito, a partir de obras de juristas que pensaram estar fazendo ciência jurídica ou mesmo falando sobre ela. O objetivo aqui é tentar alcançar uma resposta plausível para a questão da cientificidade do direito a partir do ponto de vista dos próprios juristas.

AS ORIGENS DA ATIVIDADE CIENTÍFICA

Grécia

A ciência, em sua origem, não se distinguia com clareza da filosofia. Ao lermos a obra de antigos filósofos gregos percebemos que ambas nasceram e progrediram praticamente juntas.

Tales de Mileto, considerado o primeiro filósofo da história, nascido no século IV a.C., teria sido o primeiro, dentre todos, a filosofar[1]. Ele ficou também conhecido por sua destreza no pensamento matemático. Lendária sua previsão a respeito de um eclipse solar, que teria ocorrido a 28 de maio de 585 a.C. À Tales, que acreditava que tudo era feito de água ou que tudo procedia da água, se atribuiu a proeza do cálculo da distância de um navio no mar, por meio de observações feitas em dois pontos situados na terra, além de estimar a altura de uma pirâmide pelo comprimento de sua sombra[2].

Mais importante, ao menos no que se refere à matemática, é o filósofo grego Pitágoras, que nasceu na ilha de Samos por volta de 532 a.C. Fundador de uma

---

1 É bem verdade que antes, no Egito, já haviam sido descobertas a matemática e a astrologia, mas a filosofia, em sentido próprio, ainda não.

2 Bertrand Russel, no entanto, alerta que esses teoremas geométricos, e outros mais, imputados a Tales talvez não sejam verdadeiros. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, t. 1, p. 31.

religião que acreditava na transmigração das almas e a quem se atribuíam milagres e poderes mágicos, descobriu um teorema que o tornaria famoso. Nesta sua maior descoberta, afirmou que "a soma dos quadrados dos catetos é igual ao quadrado da hipotenusa". Outra afirmação sua, que também se tornou célebre, é a de que o mundo é regido por números. Pelo que se sabe, tal conclusão, hoje considerada exagerada, foi alcançada com a observação de sons musicais extraídos da lira.

Ao tratarmos da origem da ciência na Grécia, não podemos deixar de fora Aristóteles. Conhecido por seus estudos de lógica e de ética, passou parte de sua vida tentando também entender o mundo à sua volta. Nesse sentido, ele pode ser considerado um dos mais importantes precursores do pensamento científico. Sua ciência era dividida em três partes: 1) o mundo vivo (plantas, animais e seres humanos); 2) o fenômeno da mudança ou do movimento, muito dos quais contidos em seu livro *Física* e; 3) a estrutura dos céus: a relação entre a Terra, o Sol, a Lua, as nuvens e outros objetos celestiais.

Para Aristóteles, os animais superiores, como os seres humanos, possuem funções que são as atividades da "alma". Os seres humanos, nesse sentido, possuem seis faculdades: nutrição e reprodução, sensação, desejo, movimento, imaginação e razão. Todos os seres vivos possuem, segundo o filósofo, algumas dessas capacidades. As plantas, por exemplo, podem crescer e se reproduzir; os insetos, como as formigas, podem se movimentar e sentir. Outros animais, maiores e mais inteligentes, adquirem mais funções, mas somente o ser humano, acreditava Aristóteles, possuía a razão, no sentido de pensar, analisar e decidir no curso da ação.

Aristóteles desenvolveu um tipo de pensamento chamado *teleológico*. Para ele, as variadas partes de um animal ou de uma planta foram concebidas para uma função em particular. As asas para voar, os estômagos para digerir comida, os rins para processar a urina e assim por diante. Além disso, Aristóteles queria explicar transformações como a do nascimento, crescimento e morte. Duas ideias fundamentais foram elaboradas: *ato* (*atualidade*) e *potência* (*potencialidade*). Professores ou pais podem aconselhar as crianças a alcançar todo o seu potencial, ou seja, estudar para tirar as melhores notas ou treinar para ganhar um jogo. Isso faz parte da teoria aristotélica, mas ele viu também diferentes tipos de potencialidade. Na sua visão, uma pilha de tijolos tem o potencial de se tornar uma casa e um bloco de pedra de se tornar uma estátua. Construção e escultura transformam esses objetos inanimados de um tipo de potencialidade para uma espécie de objeto acabado ou "atualidade". Atualidade, nesse sentido, é o ponto final da potencialidade, quando as coisas com potencialidade encontram seu "estado natural". Quando, por exemplo, uma maçã cai de uma árvore, ela busca seu estado natural, na terra. Mas se o estado natural da maçã e de tantos outros seres vivos é a terra, o que dizer das estrelas, da Lua, do Sol e de outros planetas? A

resposta de Aristóteles é a seguinte: abaixo da Lua ocorrem transformações constantes em razão dos quatro elementos do planeta, fogo, ar, terra e água, mas acima da Lua as coisas são feitas de um "quinto elemento" (*quintessência*). Os corpos celestes se movem em círculos perfeitos, eternamente. O Sol, a Lua e as estrelas circulam em torno da Terra por toda a eternidade. E o que causa todo este movimento ao redor da Terra? Aristóteles imaginou que de todas as causas deveria haver uma que teria dado origem a todo o processo de movimento e transformação. Ele a chamou de "motor imóvel" (que os religiosos posteriores associaram à noção de Deus)[3].

Estas são apenas algumas das razões pelas quais Aristóteles continua sendo lembrado como um dos maiores pensadores da história. Ele criou uma forma de ver o mundo que dominou a ciência por quase dois mil anos.

A ciência de Newton

Isaac Newton, nascido no dia de Natal de 1642 e falecido em 20 de março de 1727, foi um dos maiores gênios da ciência experimental e da matemática de todos os tempos. Possivelmente entre os anos de 1663 ou 1664, quando cursava o *College of Undivided Trinity*, na Universidade de Cambridge, Newton escreveu em seu caderno a máxima "*Amicus Plato amicus Aristoteles magis amica verita*" (Platão é meu amigo, Aristóteles é meu amigo, mas o melhor amigo é a verdade). Sob essa máxima, é possível afirmar que, de fato, ao se afastar da tradição dos conhecimentos passados, Newton, possuído por uma obsessão pelo saber, estabeleceu as bases da ciência moderna.

Muitos associam a figura de Newton à fábula da maçã caindo sobre sua cabeça. Ainda que não tenha acontecido exatamente dessa forma, a ideia de que a gravitação universal teria sido sugerida a partir da queda de uma maçã parece verdadeira. William Stukeley, o primeiro biógrafo de Newton, relata que ouviu o caso dele próprio. Newton se questionou se a mesma força responsável pela queda da maçã era a mesma que se estendia à órbita da Lua. Ele presumiu que a Lua estivesse caindo em direção à Terra em resposta a tração para baixo da gravidade da Terra, mas jamais se chocava com esta por causa da tração horizontal, mais forte, do Sol. Imaginou, ainda, que a força gravitacional emanaria do centro da Terra e não de sua superfície. Tentou, então, com base na terceira lei do movimento planetário de Kepler, quantificar a diferença entre a força exercida sobre a maçã e aquela exercida sobre a Lua. A isto se deu o nome de *lei do inverso do quadrado*. Com base em toda uma elaboração matemática, Newton concluiu que a mesma força que puxa a maçã para baixo é a mesma que puxa a Lua. Este

---

[3] BYNUM, William. *A Little History of Science*. New Haven and London: Yale University Press, 2012, p. 28-29.

mesmo princípio matemático, demonstrou Newton, se aplica a todos os corpos – planeta, lua ou asteroide – do universo[4].

Com a publicação, no ano de 1687, do famoso livro *Princípios Matemáticos da Filosofia Natural* (*Philosophiae naturalis principia mathematica*) ou simplesmente *Principia*, Newton atingiu o ponto culminante da representação matemática do mundo. Além de estabelecer que os planetas continuam girando em torno do Sol, em consequência da mesma força que faz uma maçã cair no chão, ele mostrou a utilidade da matemática para uma compreensão tanto do céu quanto da terra, refutando a distinção sublunar e supralunar de Aristóteles. As leis do movimento de Newton suplantaram também as de Descartes e formaram a base de uma compreensão completa do comportamento de corpos em colisão[5].

Ao escrever os *Principia*, Newton sintetizou todo o trabalho que havia desenvolvido nos últimos 20 anos. Teve de recalcular, rever e repensar todos os problemas, além de coletar novos dados. Entre agosto de 1864 até a primavera de 1866, Newton se isolou da sociedade especialmente para escrever sua obra magna. A mecânica newtoniana, descrita neste livro, tornou-se a base sobre a qual se erguem todas as camadas das ciências físicas e da tecnologia[6].

Newton foi, certamente, o autor de um dos livros mais importantes jamais escritos. Em sua "Ode a Newton", anexada como introdução, Edmund Halley escreveu: "Mais perto dos deuses nenhum mortal pode chegar". Talvez isso seja verdade, mas a única pessoa, na história da física, a fazer frente a ele nasceria quase 200 anos depois. Seu nome: Albert Einstein.

Einstein

Albert Einstein nasceu em 14 de março de 1879 na cidade de Ulm, na Alemanha, e faleceu em 18 de abril de 1955 em Princeton, EUA. Famoso pela fotografia em que aparece com seus cabelos brancos esvoaçando, foi responsável por mudar a forma de ver o universo.

Em 1905 Einstein ainda era funcionário do Escritório de Patentes de Zurich. Este ano foi particularmente especial para Einstein e de importância fundamental para a história da ciência (alguns o chamam de o "ano milagroso"). Ele, que à época tinha apenas 26 anos de idade, escreveu três artigos que alteraram

---

4 BRENNAN, Richard. Richard. *Gigantes da Física:* uma história da física moderna através de oito biografias. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 42.

5 HENRY, John. *A Revolução Científica e as Origens da Ciência Moderna*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 33.

6 BRENNAN, Richard, *op. cit.*, p. 48.

definitivamente o entendimento que a humanidade tem sobre o universo. O primeiro deles, em que trabalhou sobre a teoria da radiação de corpos negros de Max Planck, lhe rendeu um Prêmio Nobel no ano de 1921. Einstein explicou, por intermédio de cálculos, que a transmissão da luz se dá em pequenos "pacotes" de energia e que esses pacotes movem-se independentemente uns dos outros mesmo que juntos formem uma onda[7].

Seu outro artigo, de 1905, que introduziu a Teoria da Relatividade Especial, foi revolucionário. Batizado de "Sobre a eletrodinâmica dos corpos em movimento", este manuscrito, de apenas 31 páginas, publicado no volume 17 dos *Annalen der Physik*, mudou a história do mundo. É nele que Einstein demonstra que todo o movimento é relativo, ou seja, que ele só pode ser medido *em relação* à alguma outra coisa.

E se isso tudo não bastasse, Einstein ainda nos legou sua famosa equação $E = mc^2$. Com ela, ele demonstrou que massa (m) e energia (e) são dois aspectos da matéria. Considerando que a velocidade da luz (c) é um número grande e quando posta ao quadrado se torna maior ainda, isso significa que uma pequena quantidade de massa, se totalmente convertida em energia, pode gerar enormes quantidades de energia. Para se ter uma ideia, mesmo as bombas atômicas convertem apenas uma pequena fração de massa em energia. Se fosse possível, por exemplo, converter toda a massa de um corpo em energia, isso poderia gerar quinze grandes bombas de hidrogênio[8].

Nos anos seguintes, Einstein trabalhou em sua *Teoria Geral da Relatividade*. Ele introduziu a relação entre gravidade e aceleração e a estrutura do espaço. Demonstrou, entre outras coisas, que o espaço – ou espaço-tempo – é curvo. Esta afirmação, de que, em razão da força gravitacional, a luz se curvaria levemente ao passar por grandes corpos, foi devidamente comprovada por observações de eclipses solares.

As equações cosmológicas de Einstein, decorrentes de sua Teoria Geral da Relatividade, possibilitaram avanços inquestionáveis para a ciência, tais como a descoberta do universo em expansão, a teoria do *Big-Bang* e a concepção dos buracos-negros (identificados pelo Telescópio Espacial *Hubble* e pelo Radiotelescópio VLA – *Very Large Array*). Suas teorias são tão profundas que até hoje, décadas depois, continuam abrindo novos horizontes. Em 1993, por exemplo, o prêmio Nobel foi dado a dois físicos que confirmaram a existência de ondas

---

7 BYNUM, William, *op. cit.*, p. 197-198.

8 BYNUM, William, *op. cit.*, p. 199. Einstein sabia que se fosse possível liberar essa energia lentamente, de uma maneira controlada, o mundo teria uma nova fonte de energia. Sabia também que se fosse possível liberar a energia subitamente, o mundo teria uma nova arma de potencial aterrador. Mas o ano era de 1905, longe da existência de tecnologia que viabilizasse essas teorias. BRENNAN, Richard, *op. cit.*, p. 82.

gravitacionais previstas por Einstein em 1916. O prêmio Nobel de 2001, por sua vez, foi dado a três físicos que comprovaram a existência de condensados de Bose-Einstein, um novo estado da matéria, existente perto do zero absoluto, que Einstein previu em 1924. Mesmo aqueles que eram considerados como "erros" de Einstein começam a ser reconhecidos como imensas colaborações ao nosso conhecimento do universo. Em 2001, astrônomos encontraram sinais convincentes de que a "constante cosmológica", que era tido como grande erro de Einstein, na verdade contém a maior concentração de energia do universo e determinará o destino final do próprio cosmos[9].

Nos últimos trinta anos de sua vida, Einstein se dedicou a uma "teoria do campo unificado", considerada pela grande maioria de seus contemporâneos como um fracasso, um esforço inútil. Todavia, nos últimos anos, com o advento de uma nova teoria, denominada "teoria das supercordas" ou "teoria M", os físicos vêm reavaliando a obra final de Einstein e seu legado. A busca por uma teoria unificada, do tudo, passou a ser o objetivo último de toda uma geração de jovens e ambiciosos cientistas. Esta unificação, antes considerada própria de físicos em final de carreira, "tornou-se agora o tema dominante da física teórica"[10].

SOBRE A METODOLOGIA CIENTÍFICA

Visto, ainda que brevemente, como alguns de nossos maiores cientistas, no curso da história, realizaram suas descobertas, cumpre passarmos agora para o entendimento e a compreensão dessa atividade científica, aqui destacada como um empreendimento diferenciado de outras produções humanas.

Como antecipado na introdução deste trabalho, trata-se, agora, de um estudo da própria investigação científica, uma reflexão acerca de sua prática e dos seus resultados. Nesse sentido, passaremos a analisar as principais teorias acerca do agir e pensar científico.

A indução

A ciência é habitualmente tida como uma forma de conhecimento confiável, uma vez que suas teorias derivam de dados obtidos por observação e experimentação minuciosa. Essa visão da ciência, extraída do senso comum, baseia-se na concepção de conhecimento como produto do método *indutivo*, ou *indutivista*.

---

9 KAKU, Michio. *O Cosmo de Einstein*: como a visão de Albert Einstein transformou nossa compreensão de espaço e tempo. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. Prefácio.

10 *Ibidem*.

Na indução há um processo de descoberta de verdades gerais, partindo-se do particular para o geral. Com a utilização desse método, mediante a observação de casos particulares é possível se extrair proposições válidas para casos gerais, universais. Para tanto, é necessário que sejam satisfeitas algumas condições, que podem assim ser enumeradas: *a*) o número de proposições de observação que forma a base de uma generalização deve ser grande; *b*) as observações devem ser repetidas sob uma ampla variedade de condições; *c*) nenhuma proposição de observação deve conflitar com a lei universal derivada. O princípio de indução pode ser assim resumido: Observe um grande número de fatos, digamos "Y". Se "Y" foi observado sob uma ampla variedade de condições, e se todos esses "Y" possuíam, sem exceção, a propriedade "Z", então todos os "Y" têm a propriedade "Z".

Durante algum tempo, o método indutivo conquistou a adesão de boa parte da comunidade científica, graças ao fato de a verdade dos enunciados poder ser comprovada mediante o uso de nossos sentidos. Na filosofia, o movimento que ficou conhecido como *neopositivismo lógico*, surgido na Áustria dos anos 20, aceitava a ideia da indução como o processo pelo qual hipóteses e enunciados genéricos poderiam ser confirmados a partir de observações de um grande número de fatos particulares[11].

De toda sorte, não tardaram a surgir críticas a esse método de aquisição de conhecimento. Os críticos afirmavam, com uma parcela de razão, que nem sempre é válido o argumento de que, no raciocínio indutivo, ao partirmos de premissas verdadeiras, alcançaremos conclusões verdadeiras. Não se chega necessariamente a teorias universais somente com a observação de casos particulares. Podemos, por exemplo, observar um cisne x e verificar, sob certas condições p, que sua cor era branca. Em continuidade, observaremos, ainda, um elevado número de cisnes x^1, x^2, x^3..., sob as mesmas condições p e descobrirmos que todos eles são, também, brancos. Porém, não há garantia alguma de que *todos* os cisnes são brancos. Basta haver um único cisne negro e a conclusão, por inferência, será inválida.

Mesmo consciente disso, filósofos como A. J. Ayer defenderam o empirismo como justa medida da filosofia:

> Porque o facto de a validade de uma proposição não poder ser garantida logicamente não implica de forma alguma que seja irracional de nossa parte acreditar nela. Pelo contrário, o que é irracional é procurar uma garantia onde nenhuma poderá surgir, exigir certeza onde só se pode obter probabilidade[12].

---

[11] CARNAP, Rudolf. La superación de la metafísica. *In:* AYER, A. J. *El positivismo logico.* Tradução de L. Aldama *et al.* Madrid: Fondo de Cultura Economica, 1993, p. 82-83.

[12] AYER, Alfred Jules. *Linguagem, verdade e lógica*. Tradução de Anabela Mirante. Lisboa: Editorial Presença, 1991, p. 53-54.

As conjecturas e refutações de Karl Popper

Karl Popper deu valiosa contribuição à teoria do método científico ao propor um sistema metodológico próprio, o "falsificacionismo". A tese de Popper gira em torno de uma concepção de ciência que progride por tentativa e erro, ao qual ele dá o nome de *conjecturas e refutações.* A evolução da ciência, segundo Popper, verifica-se na medida em que uma teoria, procurando resolver um problema, mediante testes e observações, busca uma solução *provisória* para ele. A corroboração desta teoria não implica sua *confirmação,* no sentido de verdade absoluta, uma vez que, a qualquer momento, novos testes e observações poderão refutá-la em favor de uma nova. Para Popper, todo enunciado científico é *provisório para sempre*[13].

Para Popper, as teorias atuais devem ser interpretadas como conjecturas ou suposições que explicam, de maneira superior, alguns aspectos do mundo insuficientemente inexplorados por cientistas vinculados a ideias antigas. A ciência tende, nesse sentido, a superar problemas não solucionados por teorias passadas. E essas teorias, uma vez propostas, devem ser rigorosa e inexoravelmente testadas por observação e experimento. Teorias que não resistem a experimentos e testes de observação devem ser eliminadas e substituídas por conjecturas especulativas ulteriores.

Assim, a partir de observações e de deduções lógicas não podemos verificar a verdade de enunciados gerais. No entanto, podemos utilizar esses mesmos métodos para *refutar* esses enunciados. A refutação conta com o apoio lógico em argumentos do tipo: "Todos os cisnes são brancos; este cisne é negro; logo, é falso que todos os cisnes sejam brancos". Podemos concluir, dessa forma, que a *falsidade* de afirmações universais pode ser deduzida de outras individuais. Popper utiliza a lógica dedutiva, então, não para provar teorias, mas para criticá-las. Assim, para que uma teoria adquira o *status* de científica, ela deve ser *refutável* ou *falsificável*, ou seja, para que o conhecimento progrida através de refutações, é necessário que leis e teorias estejam abertas à refutação, ou seja, que sejam potencialmente refutáveis.

O progresso da ciência depende, portanto, de teorias falsificáveis, no sentido de conterem informações relevantes acerca de dados da experiência. A ciência deve buscar teorias cada vez mais amplas, precisas e simples, já que, desse modo, maior será a refutabilidade e, por consequência, a chance de aprendermos com nossos próprios erros. Alegações que não podem ser testadas, alertava Carl Sagan, não possuem caráter verídico, "seja qual for o valor que possam ter por nos inspirar ou estimular nosso sentimento de admiração"[14].

As críticas a esse tipo de pensamento, no entanto, não tardaram.

---

[13] POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1993, p. 308.

[14] SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios*: a ciência vista como uma vela no escuro. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, p. 172.

A metodologia de Imre Lakatos

Imre Lakatos, crítico de Popper e de suas conjecturas e refutações, defende que a complexidade de sistemas teóricos não deve ser facilmente abandonada em razão de hipóteses isoladas. Uma teoria científica, afirma Lakatos, pode compor um número de afirmações que vai muito além da isolada afirmação "todos os cisnes são brancos". A ciência, alerta Lakatos, não é simplesmente ensaio e erro, uma série de conjecturas e refutações. O enunciado "todos os cisnes são brancos" pode ser falsificado pela descoberta de um cisne negro, mas a trivialidade deste ensaio e erro não merece o estatuto de ciência. A ciência newtoniana, por exemplo, não é simplesmente um conjunto de quatro conjecturas – as três leis da mecânica e a lei da gravitação. Estas quatro leis constituem apenas o "núcleo" do programa newtoniano. E esse núcleo é tenazmente defendido da refutação por um vasto "cinturão protetor" de hipóteses auxiliares[15].

Lakatos procura equacionar os problemas metodológicos encontrados no falsificacionismo popperiano sob uma nova perspectiva, por ele denominada *metodologia dos programas de investigação científica*, que oferece uma nova reconstrução racional da ciência. Um programa de pesquisa deve ter um núcleo irredutível (rígido), a partir do qual deve desenvolver-se. Esse núcleo é formado por princípios fundamentais que devem manter-se constantes, *infalsificáveis*, por decisão metodológica de seus protagonistas, sob pena de transformar-se em um novo programa.

Para a preservação do núcleo de uma teoria, Lakatos previu um cinturão protetor, segundo o qual as "anomalias", ou seja, as inadequações entre as previsões teóricas e as observações e experimentos, poderiam ser substituídas por hipóteses auxiliares, protegendo o núcleo rígido contra refutações. Portanto, uma mera anomalia não é suficiente para que o cientista desista de sua tese central, que pode ser sempre preservada pela modificação de teorias auxiliares.

Para demonstrar que uma teoria pode sempre ser protegida da falsificação popperiana, Lakatos imagina um planeta hipotético *p*, que se desvia de sua órbita. De um ponto de vista lógico, para um cientista da era pré-einsteiniana, isso seria uma falsificação da teoria newtoniana. Mas em vez de abandonar a teoria, baseada na mecânica de Newton, esse cientista pode imaginar um pequeno planeta *p*', desconhecido, que estaria a causar o desvio. Mesmo que esse planeta *p*'

---

[15] LAKATOS, Imre. *História da ciência e suas reconstruções racionais*. Tradução de Emília Picado Tavares Marinho Mendes. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 16.

não venha a ser encontrado, não há que se abandonar, de pronto, a teoria de Newton. Podemos supor, por exemplo, que os telescópios disponíveis à época não eram potentes o suficiente para localizá-lo. Mas mesmo que o suposto planeta *p*' não venha a ser posteriormente observado por telescópios mais avançados, ainda assim, o cientista não precisa abandonar sua teoria. Ele pode sugerir que uma nuvem de poeira cósmica tenha impedido a observação do hipotético planeta. E mesmo que sejam enviados satélites e que estes não consigam detectar a nuvem, o cientista pode dizer ainda que um campo magnético, naquela região, perturbou os instrumentos do satélite. Desse modo, sempre se pode formular uma nova hipótese adicional, salvando a teoria da refutação. "Refutações" de teorias podem sempre ser transformadas em anomalias, atribuídas a hipóteses auxiliares incorretas[16].

A diferença entre as metodologias utilizadas por Popper e Lakatos funda-se, basicamente, na dificuldade em se avaliar, nesta última, a derrocada de uma tese científica (sua refutação) em favor de outra, uma vez que Lakatos admite que mesmo uma teoria *degenerativa*, que esteja perdendo espaço para um programa rival, pode, no futuro, reabilitar-se, transformando-se em um programa progressivo. Lakatos, no entanto, confessa que é muito difícil decidir quando um programa de pesquisa degenerou sem esperança ou quando é que um dentre dois programas rivais consegue uma vantagem decisiva sobre o outro[17].

Em razão da incerteza nos futuros resultados dos desenvolvimentos científicos de um programa de pesquisa, não se pode nunca dizer que ele foi debilitado para além de nossas esperanças. Não se pode descartar a hipótese de que alguma engenhosa modificação em seu cinturão protetor, apta a conduzi-lo a alguma descoberta espetacular, poderá trazer o programa de volta e o colocar numa fase progressiva.

Diante da dificuldade em saber o exato momento de abandono de uma teoria científica, já que um programa decadente pode, a qualquer momento, surpreender e até mesmo suplantar um programa rival, os críticos de Lakatos indagam porque deveríamos preferir um programa qualquer, seja ele progressivo ou degenerativo, se não existem critérios racionais que nos concedam parâmetros seguros de escolha. Lakatos, pressionado, admite que os méritos de um programa de pesquisa somente podem ser avaliados retrospectivamente, em uma análise histórica *pos-facto*.

---

16 GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais*: pesquisa quantitativa e qualitativa. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 35.

17 LAKATOS, Imre, *op. cit*., p. 19.

Thomas Kuhn e as revoluções científicas

Ao tratar da avaliação de teorias científicas, não se pode deixar de mencionar Thomas Kuhn. Sua teoria baseia-se na ideia do caráter revolucionário do progresso científico, que implica abandono de uma estrutura teórica e sua substituição por outra, incompatível.

O progresso da ciência, na visão de Kuhn, pode ser sintetizado da seguinte forma: 1) *pré-ciência*; 2) *ciência normal*; 3) *crise-revolução*; 4) *nova ciência normal*; 5) *nova crise*.

De acordo com Thomas Kuhn, há uma fase de atividade desorganizada que precede a formação da ciência, que é estruturada e dirigida e com uma comunidade científica firmada em um *paradigma*. Paradigma são suposições teóricas, leis e técnicas adotadas por uma comunidade científica específica. Os que trabalham dentro de um paradigma praticam aquilo que Kuhn chama de *ciência normal*. Como bem explica Chalmers: "Os cientistas normais articularão e desenvolverão o paradigma em sua tentativa de explicar e de acomodar o comportamento de alguns aspectos relevantes do mundo real tais como revelados através de experiências"[18]. No entanto, é inevitável o surgimento de dificuldades e se essas dificuldades fugirem ao controle, um estado de crise se manifestará. Uma *crise*, ressalta Chalmers, "é resolvida quando surge um paradigma inteiramente novo que atrai a adesão de um número crescente de cientistas até que eventualmente o paradigma original, problemático, é abandonado"[19]. E é justamente essa descontinuidade que Kuhn chama de *revolução científica*. Esse novo paradigma passa a orientar a nova atividade científica normal até que surjam novos problemas que demandem uma outra revolução.

Assim, segundo Kuhn, há períodos na história em que teorias largamente aceitas (*ciência normal*), por não conseguirem solucionar certos problemas (*anomalias*), passam a ser substituídas, por força de mudança de *paradigma*, a qual se dá o nome de *revoluções científicas*. Uma revolução dessa natureza corresponde a um abandono de um paradigma e a adoção de um novo, não por um único cientista, mas pela comunidade científica relevante, como um todo.

Há, dessa forma, uma evidente ruptura, de cunho revolucionário, de antigos conceitos. Nesse novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e olham para novas direções. Segundo Kuhn: "durante as revoluções, os cientistas veem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente"[20]. Em sua visão,

---

18 CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal*? Tradução de Raul Filker. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993, p. 124.

19 CHALMERS, Alan F, *op. cit.*, p. 125.

20 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 145-146.

portanto, a maneira como os cientistas acessam o mundo, após uma revolução, é substancialmente transformada.

O anarquismo científico de Feyerabend

Paul Feyerabend se autodenominava "anarquista epistemológico". Filósofo da ciência, da Universidade de Berkeley, assumiu o anarquismo teórico como o caminho mais adequado para o progresso da ciência. Para ele, é ingênua a ideia de um método fixo, de uma teoria fixa da racionalidade. Uma visão mais rica da história nos força ao abandono da "objetividade", da "verdade" etc. De acordo com Feyerabend o único princípio válido é: *qualquer coisa serve*[21].

Para Feyerabend, o progresso da ciência só ocorre graças a um pluralismo metodológico, já que todas as metodologias possuem limitações. Toda escola de filosofia da ciência, segundo este filósofo, tem concepções especiais acerca da natureza das atividades científicas, lembrando que para alguns cientistas a física proporciona modelos de previsão de resultados, ao passo que para outros descreve as linhas de configuração da realidade. Segundo ele, nem mesmo a observação segundo a qual as ciências formam um empreendimento autocrítico corresponde à realidade, já que há muitos cientistas defensores de crenças que não estão dispostos a abandonar, enquanto a história da teologia, para tomarmos apenas um exemplo, se encontra cheia de revisões, críticas e melhoramentos.

Assim, para Feyerabend, a ciência é aquilo que ele, os seus colegas e pares, e o público, tem por científico. Dada semelhante situação, conclui, "não nos surpreende que haja luta desportiva 'científica' e comida para cão 'científica'"[22].

A CIÊNCIA DO DIREITO

No Brasil, Pontes de Miranda, em obra datada de 1922, certamente influenciado pelas conquistas científicas de seu tempo, adotou expressamente o método indutivo nas pesquisas jurídicas. É de sua autoria, a seguinte passagem:

> Como a mathematica de Pythagoras, a chimica de Paracelso e a economia nacional, a jurisprudencia tem sido confundida e formada com elementos estheticos, moraes e politicos, sem nenhuma elaboração objectiva e scientifica. E para isto só há um processo efficaz: *o methodo inductivo*, a despeito do sceptismo de alguns ou dos que o não reputam novo. A inducção tem sido empregada no direito, como, antes das sciencias naturaes, della usavam, como processo biologico do homem; porém,

---

21 FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução de Miguel Serras Pereira, Lisboa: Relógio D'água, 1993, p. 34.

22 FEYERABEND, Paul, *op. cit*., p. 324.

> como methodo scientifico, que deve ser rigorosamente observado e convenientemente exposto, resulta das recentes conquistas do pensamento humano[23].

Mais ou menos no mesmo período, Hans Kelsen já vinha elaborando sua teoria pura do direito[24]. Nela, não se adota o método das ciências naturais, seja ele indutivo ou não. A ciência jurídica kelseniana caracteriza-se, essencialmente, pela sua proposta de fundação de um método próprio para a ciência do direito. Este método, acreditava Kelsen, não poderia misturar elementos de outras ciências, como a sociologia, por exemplo. A proposta, neste sentido, é a de um monismo metodológico, que Kelsen chamou de teoria *pura*. Por entender que o papel da verdadeira ciência é deixar seu objeto descoberto, Kelsen combateu as ideologias políticas enquanto formas não científicas de apreensão de seu objeto[25]. As ideologias políticas, em sua opinião, velam a realidade, transfigurando-a, a fim de conservá-la ou substituí-la por outra realidade. Toda a ideologia política, afirmou Kelsen, tem suas raízes na vontade e não no conhecimento. Daí a necessidade que via na separação da ciência do direito da política[26].

Para Kelsen, os juristas não haviam conseguido criar um método específico para o estudo do direito, tratando seu objeto com pouco rigor, incorrendo, assim, em um condenável sincretismo metodológico. Ademais, haviam abandonado o compromisso com a verdade para defender determinados poderes e interesses políticos. Seu projeto é o de elevar o estudo do direito à uma categoria semelhante às das demais ciências. Kelsen pretendia, dessa forma, construir um método que delimitasse seu objeto e conseguisse o rigor e a objetividade que toda ciência deve possuir[27]. Por essa razão, afirmou que queria representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser. Sua teoria, que ele pretendia

---

23 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Systema de sciencia positiva do direito.* Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922, p. 57-58.

24 Em 1911, com 30 anos de idade, Kelsen publica o livro *Problemas Fundamentais de Direito Público*, considerado o embrião de sua teoria pura do direito. A primeira versão do livro *Teoria Pura do Direito* viria somente em 1934, lembrando que sua versão final foi publicada no ano de 1960.

25 De acordo com Kelsen, se entendemos por ideologia, o que não é a realidade natural ou a sua descrição, mas "uma representação não objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento", e se designamos por realidade, "não apenas a realidade natural como objeto da ciência da natureza, mas todo o objeto do conhecimento", o objeto da ciência jurídica, o Direito positivo, passa a ser também visto como realidade jurídica, fazendo com que Kelsen concluísse que "uma representação do Direito Positivo se tem de manter isenta de ideologia". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 74.

26 CALSAMIGLIA, Albert. En defensa de Kelsen. *Working Paper,* n. 129. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 1997, p. 9-10. Disponível em: <http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_129.pdf?noga=1>. Acesso em: 22 nov. 2019.

27 CALSAMIGLIA, Albert, *op. cit.*, p. 11.

"radicalmente realista", recusa-se a valorar o Direito positivo, mas compreendê-lo mediante de uma análise da sua estrutura. Em razão de sua tendência antiideológica, a Teoria Pura do Direito possui uma intenção imanente de desvendar o seu objeto[28].

Diferente de Kelsen, Tércio Sampaio Ferraz Júnior prefere salientar o *caráter tecnológico* da atividade jurídica, em razão de sua destinação prática. Além da tarefa de interpretar textos e situações a eles referidas, a Ciência Jurídica distingue-se das demais ciências humanas na medida em que a intenção básica do jurista não é *simplesmente* compreender um texto, como faz, por exemplo, um historiador, estabelecendo-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance. Daí o duplo caráter do discurso jurídico, eminentemente *tecnológico*. Nesse sentido, a dogmática jurídica acaba por não mais exercer *apenas* uma função eminentemente descritiva ou informadora, passando sua validade a depender de sua relevância prática, tornando-se um instrumento técnico para obtenção de decisões[29].

Mas há quem entenda que a busca de decisões, que sublinha o aspecto prático do Direito, não lhe retira sua dignidade científica. Nesse sentido, a Ciência do Direito impõe-se pela sua metodologia e não por ausência de escopo eminentemente teorético. Assim, o investigador que se aprofundar em questões de ordem teórica, mesmo com finalidades práticas, poderá perfeitamente dar um tratamento científico ao problema sobre o qual se debruçou. Karl Larenz, por exemplo, reconhece o "aspecto prático" de várias ciências, mas o que ele destaca é o *método* dessas ciências. Dessa forma, a circunstância de o direito ter como escopo o serviço da "vida" não deve ser sua nota característica, mas, sim, o seu método, determinado pelo seu particular objeto[30].

O assunto é polêmico e de difícil solução. Se seguirmos Larenz em seu entendimento de que a fixação de adequados métodos para o direito é o que o define como científico, veremos que não há uma unidade de pensamento nesta questão. Popper, Lakatos, Kuhn e Feyerabend, só para ficar com os que já foram anteriormente citados, jamais entraram em um acordo sobre o que é o método científico, sobre como a ciência evolui e se desenvolve. Karl Popper, por exemplo, negava caráter científico à teoria da história de Marx, à psicanálise de Freud e à psicologia individual de Alfred Adler[31], embora outros, como Feyerabend, por exemplo, provavelmente as aceitariam como científicas.

---

28 KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 75.

29 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 95.

30 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 58.

31 POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1982, p. 65-67.

E o que dizer do momento histórico em que a atividade está sendo realizada? O célebre economista John Maynard Keynes, no exercício de seu *hobby* de investigar como trabalhavam os grandes cérebros, descobriu que Isaac Newton dedicava pelo menos o mesmo tempo ao metafísico, ao oculto, à alquimia e às minúcias bíblicas quanto à física. Na opinião de Keynes, a maior parte desses estudos eram "inteiramente mágicos e inteiramente desprovidos de valor científico". Concluiu, também, que Newton não fora realmente o primeiro dos cientistas modernos, mas sim o "último dos magos". Mas como contra-argumenta Richard Brennan, a alquimia, no século XVII, era uma ciência legítima. Investigadores sérios, na tentativa de penetrar as leis complicadas dos elementos químicos, utilizaram a teoria dominante da época, a alquimia[32].

Será, então, que o termo *ciência* é relativo, no sentido de que não há qualquer padrão de racionalidade universal e não histórico existente a demonstrar que uma teoria é melhor do que outra? As teorias só podem ser consideradas científicas segundo referenciais variáveis?

Se assim for, a distinção entre ciência e pseudociência variará de acordo com os valores ou interesses inerentes a cada indivíduo ou grupo de indivíduos localizados em uma certa coordenada de tempo e em um determinado espaço territorial. A teoria das marés, baseada na atração da lua, por exemplo, constituía boa ciência para os newtonianos, mas beirava o misticismo ocultista para Galileu, enquanto na sociedade contemporânea a teoria de Marx, da mudança histórica, é boa ciência para alguns e propaganda para outros[33].

Diante disso, alguém poderia perguntar por que razão querem os juristas, com tanta insistência, que ao termo Direito seja agregada a palavra *ciência*, que é, por natureza, um termo equívoco.

Uma possível resposta é a seguinte: pelo seu *significado emotivo*. O uso do termo *ciência*, para qualificar uma atividade qualquer, desperta em muitas pessoas reações favoráveis. Nesse sentido, é um elogio rotular uma dada atividade com o qualificativo *científica*. As atividades que entram no núcleo central de denotação da palavra ciência são objetos de admiração e reverência; essa reação favorável se transmite dessas atividades para essa palavra (ciência) e a qualquer outra atividade que se compreenda com esse nome[34].

Nessa linha de argumentação, a palavra *ciência* remete à ideia de exploração de um conhecimento de grau elevado, *confiável*. Além disso, o vocábulo ciência

---

32 BRENNAN, Richard. *Gigantes da Física*: uma história da física moderna através de oito biografias. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 54.

33 CHALMERS, Alan F, *op. cit.*, p. 140.

34 NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmatica jurídica*: con referencia particular a la dogmática penal. *México:* Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 13.

nos traz um sentimento de *credibilidade* que talvez expressões como Jurisprudência ou Dogmática Jurídica não possuam. É possível que os juristas se sintam diminuídos por estarem sendo excluídos do campo da pesquisa científica. A esse sentimento Norberto Bobbio chamou de "complexo de inferioridade"[35].

Mas é verdadeira a afirmação de que a palavra ciência se relaciona, automaticamente, a um tipo específico de raciocínio, mais elevado, confiável? Para muitos, especialmente os pós-modernos, a ciência foi responsável por tantos problemas quanto soluções. Afirma-se até que a ciência não é um mecanismo de descoberta da verdade, mas que o lucro, e não a busca por conhecimento, é que é a força motriz da investigação científica[36].

A ciência moderna, de acordo com alguns críticos, falhou em seu projeto de construção do conhecimento e da verdade. Nesta perspectiva, ela quase levou a destruição da Terra, gerando, em todo o mundo, exclusão, desigualdade, exploração e dominação. Dessa forma, não haveria qualquer razão para considerar que a ciência seja a única com competência para explicar o mundo. Boaventura de Souza Santos, por exemplo, afirma que não há nada que justifique considerar as explicações da ciência moderna superiores às explicações alternativas da metafísica, da astrologia, da religião, da arte ou da poesia[37]. A crítica de Souza Santos é tão vigorosa que ele conclui que a ciência moderna "produz conhecimentos e desconhecimentos. Se faz do cientista um ignorante especializado faz do cidadão comum um ignorante generalizado"[38].

A adoção, portanto, de um critério psicológico, de sentimentos de insatisfação ou de diminuição perante outras áreas de pesquisa, como parecem ter alguns juristas, não se apresenta como a melhor solução para o problema da cientificidade do direito.

Talvez devêssemos nos juntar a alguns filósofos do direito, como João Maurício Adeodato, que não traçam linhas divisórias absolutas entre estudos filosóficos e pesquisas de natureza científica, por considerarem que a Ciência Jurídica é parte da Filosofia do Direito, ou seja, que a Filosofia do Direito é composta de elementos científicos, éticos e metafísicos[39].

---

35 BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoria del derecho*. Madrid: Civitas. 1989, p. 172.

36 ULEN, Thomas S. Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In:* PORTO, A. J. M; SAMPAIO, P. R. P. *O Direito e a Economia em dois mundos* – Doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 31.

37 SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as Ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, 1988, v. 2, n. 2, p. 67-68.

38 SANTOS, Boaventura de Souza, *op. cit.*, p. 69-70.

39 ADEODATO, João Maurício. Filosofia do direito e dogmática jurídica. *In:* REALE, Miguel. *A Filosofia, Hoje*: Anais do V Congresso Brasileiro de Filosofia. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1998, v. II, p. 728-729.

Se não existem demarcações confiáveis entre estes campos de pensamento e investigação, talvez possamos concordar com Oswaldo Porchat quando diz que as divisões rígidas entre filosofia e ciência são pouco rigorosas e sujeitas a desconfiança. O que há, segundo Porchat, é um discurso sobre o mundo, que num certo momento pode dizer-se científico ou filosófico, mais delimitado no primeiro caso e mais amplo no segundo. Mas são apenas nomes que procuram nos lembrar do modo e da área de atuação de nosso pensamento. Não se trata, de acordo com Porchat, de distinções entre compartimentos estanques[40].

A definição rigorosa daquilo que é científico dentro do campo jurídico, portanto, é perigosamente artificial. A palavra ciência pode ser aplicada, tanto quanto a palavra filosofia, em situações muito parecidas. Investigar, descrever, compreender e refletir sobre uma alguma área do conhecimento, encontra respaldo tanto na ciência quanto na filosofia.

No fundo, parece que H. L. A. Hart é quem tinha razão ao abandonar qualquer espécie de empreendimento que buscasse um caráter estritamente científico para o direito. A consideração do direito como um dado relativamente objetivo, que pode ser observado empiricamente e confirmado (ou refutado) por outros pesquisadores mediante a utilização do mesmo método científico que trouxe incríveis avanços tecnológicos para as ciências naturais, parece estar distante da realidade do direito. A linguagem normativa e o comportamento dela decorrente dificilmente se encaixaria em uma acurada descrição do agir científico. A abordagem de Hart, dessa forma, tenta compreender a prática jurídica de tal maneira que leva em conta a forma como ela é percebida pelos seus participantes[41].

Ponto central da teoria do direito de Hart é a distinção entre ponto de vista interno e externo. Essa distinção lhe permitiu alcançar uma explicação da ação humana diversa daquela utilizada por métodos científicos tradicionais. As ações humanas, segundo Hart, podem ser compreendidas somente a partir de "dentro" da cultura em que é realizada. A cultura, nesse sentido, é um conjunto de ideias, atitudes e sentidos que afetam a percepção das pessoas de forma abrangente, que não pode ser reduzida a ingredientes meramente físicos. É por essa razão que ele entende que a melhor forma de compreender a ação humana não é através da observação externa (própria da ciência), mas a partir da geração de um particular sentido, que não é obtido pela simples observação. Este sentido é melhor compreendido a partir de uma explicação filosófica de como as pessoas entendem o mundo, e a maneira de fazer isso é através da análise do modo como elas

---

40 PORCHAT, Oswaldo. *In:* NOBRE, Marcos; REGO, José Marcio *Conversas com filósofos brasileiros*. São Paulo: Editora 34, 2000, p. 134.

41 BIX, Brian. H. L. A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory, *Southern Methodist University Law Review*, 1999, v. 52, p. 176. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=163810>. Acesso em: 02 mar. 2019.

utilizam a linguagem. É a linguagem, portanto, o principal meio para entender e, como tal, é devidamente colocada no centro de sua investigação: é a partir dela que se adquire os elementos para a compreensão das pessoas[42].

Para H. L. A. Hart a compreensão do "mundo" social construído por seres humanos se dá para além e fora do mundo físico. A melhor maneira, portanto, de entender esse mundo socialmente construído é "por dentro", isto é, usando conceitos e ideias que pertencem a este mundo[43]. Não há necessidade (e geralmente não se faz isso) de negar a existência de um mundo físico e de que a ciência (ou método científico) são métodos confiáveis para saber o que algo é. Em vez disso, o que se alega é que há um domínio separado, criado por pensamento e linguagem (a relação exata ou de prioridade entre os dois é uma questão de muito debate) que requer métodos humanísticos de julgamento e interpretação para compreendê-lo[44].

O ponto de vista interno de Hart é um instrumento de descrição politicamente neutro do direito. Além disso, não faz uso de nenhuma metafísica obscura ou metodologia de pesquisa empírica. Em vez disso, se fundamenta em uma análise da linguagem. Mas é importante sublinhar que Hart não estava apenas "olhando" para as palavras, mas para as realidades para as quais utilizamos palavras. Uma consciência aguçada do uso das palavras, nesse sentido, aguça a percepção dos fenômenos e, portanto, da ação humana[45].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da cientificidade do direito já atormentou e tirou a paz de espírito de muitos juristas. É um daqueles assuntos que parece que quanto mais nos detemos sobre ele, mais longe parece se encontrar a solução definitiva. Todavia, algumas afirmações são possíveis: 1) o método das ciências naturais não é o mesmo do direito, tido como uma espécie de ciência social aplicada; 2) a palavra ciência

---

42 PRIEL, Dan. Jurisprudence Between Science and the Humanities, *Washington University Jurisprudence Review*, 2012, v. 4, issue 2, p. 281. Disponível em: <http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1030&context=law_jurisprudence>. Acesso em: 09 fev. 2019.

43 Importante salientar que para Hart ambas as perspectivas, internas e externas, existem e, portanto, nenhuma delas pode ser ignorada. Ele destaca, porém, que, apesar do ponto de vista externo reproduzir de forma bastante aproximada as formas pelas quais as regras funcionam, há um limita a regularidades observáveis do comportamento, não havendo uma reprodução do modo pela qual as regras funcionam relativamente às vidas daqueles que são normalmente a maioria da sociedade, como os funcionários, os juristas ou os particulares que as usam, em situações sucessivas, como guias de conduta da vida social. Para essas pessoas, "a violação da regra não é apenas uma base para a predição de uma reacção hostil, mas uma *razão* para a hostilidade". HART, H. L. A. *O Conceito de direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 100.

44 PRIEL, Dan, *op. cit*., p. 282.

45 PRIEL, Dan, *op. cit*., p. 304.

possui um significado emotivo que pode despertar tanto reações favoráveis quanto desfavoráveis; 3) mesmo um autor como Hans Kelsen, que buscou a fundação de uma ciência pura do direito, desenvolveu um método próprio, diverso daquele utilizado nas ciências naturais; 4) A questão metodológica não é problemática apenas para a ciência do direito. Filósofos da ciência, até hoje, não concordam a respeito de como a ciência se desenvolve e evolui; 5) Da mesma maneira, há muita dúvida relacionada à fronteira entre a ciência e a filosofia; 6) H. L. A. Hart desenvolveu sua teoria do direito a partir de um ponto de vista interno e não externo (próprio da ciência), que compreende a prática a partir do modo como ela é percebida pelos participantes; 7) Esta parece ser uma boa saída para o problema da cientificidade do direito, uma vez que observar a sociedade "de dentro", nos ajuda a compreender melhor as regras de direito e, em última análise, a nós mesmos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Filosofia do direito e dogmática jurídica. *In:* REALE, Miguel. *A Filosofia, Hoje*: Anais do V Congresso Brasileiro de Filosofia. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1998, v. II.

AYER, Alfred Jules. *Linguagem, verdade e lógica*. Tradução de Anabela Mirante. Lisboa: Editorial Presença, 1991.

BIX, Brian. H. L. A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory. *Southern Methodist University Law Review*, 1999, v. 52. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=163810>. Acesso em: 02 mar. 2015.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoria del derecho*. Madrid: Civitas, 1989.

BRENNAN, Richard. *Gigantes da Física:* uma história da física moderna através de oito biografias. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BYNUM, William. *A Little History of Science*. New Haven and London: Yale University Press, 2012.

CALSAMIGLIA, Albert. En defensa de Kelsen. *Working Paper,* n. 129. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 1997. Disponível em: <http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_129.pdf?noga=1>. Acesso em: 22 nov. 2015.

CARNAP, Rudolf. La superación de la metafísica. *In:* AYER, Alfred Jules. *El positivismo logico*. Tradução de L. Aldama *et al*. Madrid: Fondo de Cultura Economica, 1993.

CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Tradução de Raul Filker. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 1993.

GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais:* pesquisa quantitativa e qualitativa. São Paulo: Pioneira, 1998.

HART, H. L. A. *O Conceito de direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HENRY, John. *A Revolução Científica e as Origens da Ciência Moderna*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

KAKU, Michio. *O Cosmo de Einstein:* como a visão de Albert Einstein transformou nossa compreensão de espaço e tempo. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LAKATOS, Imre. *História da ciência e suas reconstruções racionais*. Tradução de Emília Picado Tavares Marinho Mendes. Lisboa: Edições 70, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmatica jurídica:* con referencia particular a la dogmática penal. *México:* Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Systema de sciencia positiva do direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1993.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1982.

PORCHAT, Oswaldo. *In:* NOBRE, Marcos; REGO, José Marcio. *Conversas com filósofos brasileiros*. São Paulo: Editora 34, 2000.

PRIEL, Dan. Jurisprudence Between Science and the Humanities, *Washington University Jurisprudence Review*, 2012, v. 4, issue 2. Disponível em: <http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1030&context=law_jurisprudence>. Acesso em: 09 fev. 2016.

RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, t. 1.

SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios*: a ciência vista como uma vela no escuro. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as Ciências na transição para uma ciência pós-moderna. São Paulo: *Estudos Avançados*, 1988, v. 2, n. 2.

ULEN, T. S. Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In:* PORTO, A. J. M; SAMPAIO, P. R. P. *O Direito e a Economia em dois mundos* – Doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

Data de recebimento: 30/10/2020

Data de aprovação: 15/12/2020

GLOBALIZAÇÃO, CAPITAL E DEMOCRACIA: CONSEQUÊNCIAS MULTIFACETADAS NO BRASIL E NA AMAZÔNIA

GLOBALIZATION, CAPITAL, AND DEMOCRACY: MULTIFACETED CONSEQUENCES IN BRAZIL AND THE AMAZON RAINFOREST

Victor Melo Fabrício da Silva[*]
Mônica Nazaré Picanço Dias[**]

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é trazer para a academia a inter-relação entre globalização, capital e democracia, aplicando seus conceitos aos espaços brasileiro e amazônico e dentro de uma perspectiva histórica, nacional e regional, abordando-se algumas das mazelas que assolam a Amazônia desde a colonização do nosso País, fruto dessa inter-relação. Para atingir esses objetivos, valer-se-á de uma pesquisa exploratória bibliográfica e documental de autores nacionais e estrangeiros, empregando-se o método dedutivo com caráter qualitativo. Ao final, pôde-se concluir que o Brasil, de modo geral, sofre a interferência do capital que impede o desenvolvimento de políticas públicas e, no caso específico da Amazônia, aponta como solução para a economia regional a legalização de atividades devastadoras da floresta, diferentemente do que a região de fato precisa: sua preservação e o respeito à sua população, além de uma reeducação política e econômica e da conscientização das autoridades locais e nacionais.

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Direito Internacional e Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá (2016). Especialista em Direito Militar pela Universidade Cruzeiro do Sul (2013). Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Castelo Branco (2008). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2004). E-mail: victormelofabricio@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9857908170652513. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8092-9845.

** Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2013). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2008). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal (2001) e Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1997). Professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Amazonas. E-mail: monicapdias@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9361050422173821. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0901-6896.

Palavras-chave: Globalização. Capitalismo. Democracia. Amazônia.

ABSTRACT

The objective of this research is to bring the interrelationship between globalization, capital, and democracy to the academic field, applying its concepts to Brazil and the Amazon within a historical, national, and regional perspective, addressing some of the problems that have plagued the Amazon since our country's colonization, as a result of this interrelation. To achieve these objectives, an exploratory bibliographic and documentary research of national and foreign authors will be conducted, using the deductive method with a qualitative character. In the end, it was possible to conclude that Brazil, in general, suffers the interference of capital that impedes the development of public policies and, in the specific case of the Amazon, points out as a solution for the regional economy the legalization of devastating activities of the forest, differently from what the region needs: its preservation and respect for its population, as well as political and economic re-education and awareness of local and national authorities.

Keywords: Globalization. Capitalism. Democracy. Amazon.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende trazer para o ambiente acadêmico as origens e as consequências, nos âmbitos brasileiro e amazônico, da relação existente entre a globalização, o capital e a democracia, com a finalidade de debater questões antigas e atuais da Amazônia e, dessa forma, abordar como problema de pesquisa algumas das mazelas que assolam os habitantes da região desde o período colonial, para ao final tentar apontar soluções para essa problemática.

Outrossim, justifica-se o presente estudo diante da importância econômica, social e política da região amazônica, devendo-se, em nome da democracia, da preservação da floresta e do bem-estar de seus habitantes, buscar soluções para o desenvolvimento regional e nacional que não envolvam a exploração da natureza ou de pessoas.

Para alcançar os objetivos anteriormente referidos, além de conceitos concernentes a esses fatores e o modo como o capitalismo vem a interferir nas democracias ao redor do mundo, será realizado no decorrer deste estudo um breve apanhado histórico do capitalismo e suas consequências no Brasil e na Amazônia, utilizando-se de pesquisa exploratória bibliográfica e documental de autores nacionais e estrangeiros, empregando-se o método dedutivo com caráter qualitativo.

A globalização e o capitalismo

A partir de meados da década de 1990, difundiu-se a palavra "globalização" para descrever as importantes transformações mundiais ocorridas nos

últimos 20 ou 30 anos do século XX, nas esferas econômica, política, jurídica, institucional, social, cultural, ambiental, geográfica, demográfica, militar e geopolítica[1].

Sendo primordial para a presente pesquisa as citadas transformações na esfera econômica e social, infere-se que a globalização pode ser entendida como a ocorrência simultânea de três processos: 1) o crescimento extraordinário dos fluxos internacionais de bens, serviços e capital; 2) o acirramento da concorrência internacional; e 3) maior interdependência entre empresas e economias nacionais[2].

Para os fins do presente trabalho, por sua vez, interessa-nos destacar os aspectos desse último processo, com a finalidade de atender ao tema proposto no sentido de estabelecer como ocorre a relação entre a globalização, o capitalismo e a democracia.

Antes, porém, convém destacar que a globalização da economia não é um fenômeno da atualidade. Ela vem de séculos atrás, desde quando as nações transcenderam suas fronteiras para comercializar com outras. A partir daí, começaram a surgir como negociantes os Estados, depois as companhias estatais, as companhias estatais junto às corporações privadas e, por fim, as corporações privadas independentes, com suas próprias bandeiras, exércitos e moedas.

Tratando do fenômeno da globalização econômica, Rodrik[3] disserta sobre uma das mais famosas dessas companhias: a "Companhia Inglesa das Índias Orientais" ou "Governador e Companhia dos Mercados de Londres, para o Comércio com as Índias Orientais" (tradução livre do original em inglês). Desde sua criação, a Companhia teve seus poderes aumentados, possuindo à época um exército e podendo declarar guerra, celebrar tratados, cunhar moeda e administrar a justiça, exercendo verdadeiro governo na Índia.

À luz dos reflexos observados em relação à supracitada companhia e sua amplitude, pode-se chegar à hipótese de que, assim como no passado, os poderes do capital tendem a influir de alguma forma na democracia na atualidade. Outro aspecto relevante a se ressaltar reside no aumento crescente do comércio entre as nações desde antes daqueles idos, facilitado pelos movimentos expansionistas, as grandes navegações e, posteriormente, o colonialismo.

Desse comércio crescente entre os países e diante da importância do acúmulo de capital pelos Estados, surge o capitalismo como ordem social institu-

---

1 GONÇALVES, Reinaldo. *O nó econômico.* Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização. SADER, Emir (org.). Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 19.

2 *Ibidem*, p. 21-22.

3 RODRIK, Dani. *The Globalization Paradox:* why global markets, states and Democracy can't coexist. New York: Oxford University Press, 2011, p. 13.

cionalizada. Segundo Fleury[4], o Estado capitalista se diferencia das formas anteriores de poder por meio da relação entre economia e política, na qual os interesses particulares que competem no mercado interagem com o interesse público e o aparato estatal mantém a estabilidade do sistema, assegurando que os conflitos sejam dirimidos pelas regras estabelecidas, de modo que a circulação de mercadorias possa ocorrer pela troca entre sujeitos livres e igualados perante a lei. A partir daí, permite-se que o Estado funcione como "interesse geral do capital".

Além dos ensinamentos da supracitada autora, convém trazer à lume, para fins didáticos, a perspectiva histórica e sequencial trazida por Fraser[5]:

1) Capitalismo concorrencial liberal do séc. XIX, tendo as seguintes características: a) o poder é do Estado; b) busca-se o acúmulo de capital e a hegemonia comercial mundial; c) fortalecimento da economia; e d) lutas de classes. Nessa fase, o capitalismo entrou num longo período de crise, diante de contradições, tanto econômicas como políticas, que se expressavam, de um lado, numa série de pânicos, quebras e depressões e, de outro, no prolongado conflito de classes e nas lutas interimperialistas pela hegemonia global, colapsando o regime e culminando em movimentos de massa, revoluções sociais e duas guerras mundiais[6];
2) Capitalismo monopolista estatalmente administrado do período do pós-guerra: a) o poder é do Estado; b) o Estado administra o capital em proveito do próprio capital; c) consumismo; d) **inicialmente**: relativa paz de classes; e e) **ao final**: novas formas de luta social (anos 1960 – 1970), tendo como pano de fundo o militarismo, o imperialismo e as assimetrias étnico-raciais e de gênero. Como ressalta a autora, essa fase culminou na estagflação, de um lado, e numa crise do petróleo e numa corrida armamentista, de outro, além de novas formas de luta social, iniciadas nos anos 1960, tendo como pano de fundo o militarismo, o imperialismo e as assimetrias étnico-raciais e de gênero[7]; e
3) Capitalismo neoliberal financeirizado do tempo presente (1970-?): a) o poder é do capital; b) busca-se o controle dos Estados pelo capital; e c) Estados não conseguem desenvolver a política em prol do cidadão,

---

4 FLEURY, Sonia. Capitalismo, democracia, cidadania: contradições e insurgências. *Saúde Debate*. Rio de Janeiro, v. 42, n. esp. 3, p. 108-124, nov. 2018, p. 110.

5 FRASER, Nancy. Crise de legitimação? Sobre as contradições políticas do capitalismo financeirizado. SOUZA FILHO, J. I. R. (Trad.). *Cadernos de Filosofia Alemã:* Crítica e Modernidade (USP). São Paulo, v. 23, n. 2, p.153-188, 2018, p. 155.

6 *Ibidem*, p. 164.

7 *Ibidem*, p. 165-166.

> pois estão "amarrados" pelo capital, o qual deve ter a prioridade nas decisões políticas. Nessa última fase do capitalismo, em sua forma financeirizada, é principalmente por meio da dívida que o capital canibaliza o trabalho, disciplina os Estados, transfere riqueza da periferia para o centro e suga valor da sociedade e da natureza, tendo como resultado a ampliação da dominação do capital sobre suas condições de possibilidade de fundo: sobre a reprodução social, sobre o ambiente natural e sobre os poderes públicos que sempre foram indispensáveis a uma economia capitalista[8].

Acompanhando as observações de Fraser, Galvão e Pereira[9] lecionam que a partir dos anos 1970, o capitalismo se reconfigurou. As empresas transnacionais – aquelas empresas que têm "o poder para coordenar e controlar operações em mais de um país, mesmo que não sejam de propriedade dessa empresa", conforme Dicken[10] – passaram a adotar estratégias globais de forma a se beneficiarem das vantagens de uma rede que transcendesse as fronteiras dos países, fragmentando a produção em várias partes do mundo com a finalidade de minimizar os custos, utilizando trabalho intensivo de mão de obra não qualificada abundante e barata em países periféricos. O resultado para alguns desses países foi a criação de postos de trabalho, enquanto outros, com menores vantagens a oferecer, acabaram à margem da economia mundial.

Essa marginalização de países menos desenvolvidos terminou por revelar a fragilidade de suas economias e governos, demonstrando o quanto o capital pode influenciar Estados, numa relação de interdependência, que termina por determinar os rumos da própria democracia, como será visto a seguir.

A interdependência entre o capitalismo e os Estados nacionais

Segundo Galvão e Pereira[11], com a intensificação da globalização, alterou-se a visão que perdurou até meados do século XX de que as empresas seriam agentes internacionais de exploração, passando-se os países menos desenvolvidos a apreciar seus possíveis benefícios e, com isso, lutar para que essas empresas permanecessem em seus territórios, a qualquer preço.

Nesse sentido, o início do presente século trouxe a relação intrínseca entre os poderes do Estado nacional e da empresa transnacional. Enquanto nos Estados

---

8 *Ibidem*, p. 172.

9 GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria. Empresas transnacionais (ETNs) e os países pobres: reflexões sobre a governança global. *Geosul* (UFSC). Florianópolis, v. 32, n. 63, p. 7-48, jan.-abr. 2017, p. 9.

10 2010, p. 37, *apud* GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria, *op. cit*., p. 9.

11 GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria, *op. cit*., p. 41.

localiza-se o poder político, nas transnacionais encontra-se o poder econômico, a partir do seu controle sobre ativos específicos (capital, tecnologia e capacidades gerencial, organizacional e mercadológica). Por sua vez, em torno dessas empresas são encontradas instituições que promovem a política econômica externa dos países hegemônicos, tais como o FMI e o Banco Mundial[12].

Desse modo, é inegável que as empresas transnacionais se tornaram maiores e mais poderosas, formando corporações e conglomerados transnacionais, que em suas redes e alianças e em seus planejamentos sofisticados, operam em escala regional, continental e global, dispondo de condições para impor-se aos diferentes regimes políticos, às diversas estruturas estatais, aos distintos projetos nacionais[13], vendo o mundo como um espaço único de aplicação de suas operações de investimento e produção.

Nesse contexto, essas empresas incorporam áreas de países pobres somente enquanto não existirem oportunidades mais lucrativas em outros. Quando surgem essas oportunidades, transferem seu capital e investimentos para outros países[14]. Essas e outras ações características do mercado global na atualidade não possuem regulação nem fiscalização.

Quanto a esse ponto, conforme Rodrik[15], há um desequilíbrio entre o alcance nacional dos governos e a natureza global dos mercados, caracterizando dessa forma o ponto fraco da globalização. Enquanto os mercados nacionais se apoiam, de regra, em instituições reguladoras e políticas nacionais e, nos países democráticos, também em suas democracias, os mercados globais não possuem autoridades antitruste, nem regulação e segurança a nível global.

Para haver um sistema econômico global saudável, deve haver um verdadeiro compromisso entre os governos e os mercados internacionais, de modo que sejam complementares e não excludentes entre si. Para mais e melhores mercados, precisa-se ter mais (e melhor) governança, já que os mercados atuam melhor onde os governos são mais fortes[16], sendo necessário um Estado verdadeiramente atuante e não um Estado mínimo[17].

Isso é facilmente observável quando se verifica a ausência de investimentos internacionais em países que não possuem estabilidade em seus governos. Essa estabilidade não se refere somente ao poder, mas também à legitimidade e ao

---

12 GONÇALVES, Reinaldo, *op. cit.*, p. 22-23.

13 IANNI, Octavio. Globalização: novo paradigma das ciências sociais. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 8, n. 21, p. 147-163, ago., 1994, p. 152-153.

14 GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria, *op. cit.*, p. 12.

15 RODRIK, Dani, *op. cit.*, p. 6.

16 *Idem*.

17 DUPAS, Gilberto. A lógica da economia global e a exclusão social. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 121-159, dez., 1998, p. 133.

regular funcionamento de suas instituições. É questão de lógica: quem seria imprudente em investir num país tomado por uma crise política e/ou onde não há uma democracia em vigor?

Por outro lado, o autor afirma não haver como conciliar democracia, determinação nacional e globalização econômica, representando o atual "trilema" da economia mundial: para impulsionar ainda mais a globalização, deve-se desistir do Estado-nação ou da política democrática; para manter e aprofundar a democracia, deve-se escolher entre o Estado-nação e a integração econômica internacional; e para manter o Estado-nação e a autodeterminação, deve-se escolher entre o aprofundamento da democracia ou da globalização[18].

Exemplificando de uma forma bem simples: quanto mais os mercados internacionais procuram regular seus interesses, mais se deve aumentar o compromisso dos governantes com o mercado. Quanto mais compromisso com o mercado, menos compromisso há com o povo. Abalando-se o compromisso com o povo, a democracia entra em crise.

Para a solução do "trilema" anteriormente tratado, Rodrick[19] vislumbra a criação de uma comunidade política global que seja regulada democraticamente e com mecanismos de responsabilização. Porém, o próprio autor afirma ser isso uma utopia, diante das grandes diferenças encontradas entre os países no mundo (econômicas, sociais, políticas etc.). Assim, pode-se afirmar que uma globalização mais profunda – ou uma hiperglobalização – é algo incompatível com a democracia.

De qualquer forma, os mercados precisam dos governos e estes, por sua vez, não podem evitar a globalização de suas economias. Não há hoje em dia Estado que seja uma "ilha", que não se relacione comercial e politicamente com outros Estados. Não podem os mercados, portanto, "sufocarem" os Estados.

Nesse sentido, Rodrick[20] ressalta que o caminho atual para a globalização seria o reempoderamento das democracias nacionais, colocando-se dessa forma a economia mundial em uma base mais segura e saudável. Para tanto, deve haver regras internacionais que deixem espaço suficiente para a manobra dos governos nacionais. Precisa-se, assim, de uma globalização inteligente e não uma globalização máxima.

Os efeitos da globalização do capital na democracia

A situação relacionada ao País indiano entre os séculos XVII e XIX, tratada no início do presente trabalho, é revivida desde as últimas décadas do século

---

18 RODRIK, Dani, *op. cit.*, p. 123.
19 *Ibidem*, p. 123-124.
20 *Ibidem*, p. 8.

passado, quando se passou a observar o impacto do capital nos Estados nacionais graças ao advento da globalização.

Nesse sentido, dissertando sobre os determinantes da globalização econômica, Gonçalves[21] leciona que a causa básica da globalização é de natureza sistêmica, sintetizada na necessidade das economias desenvolvidas de expandir os seus mercados. Nesse processo, a globalização econômica permite que os países desenvolvidos resolvam o problema sistêmico de insuficiência de demanda interna por meio da exportação de bens, serviços e capital para os países em desenvolvimento, de modo que os únicos ganhadores nesse sistema são os bancos internacionais, as grandes empresas transnacionais e os países desenvolvidos onde essas empresas se encontram. Incluem-se também nesse rol de beneficiados, a elite econômica e a classe dirigente dos países em desenvolvimento, os quais anuíram com essa política em detrimento dos interesses e necessidades das classes menos favorecidas. Esse beneficiamento das elites ocorre no Brasil e na Amazônia há séculos, como será aqui demonstrado.

Outros reflexos da globalização econômica em favor dos países desenvolvidos, segundo o autor, são a desregulamentação e maior proteção às empresas transnacionais e aos bancos internacionais, estimulando-se com isso o investimento externo com a consequente acumulação de capital e de riqueza nacional nesses países.

Como consequência, os países em desenvolvimento perdem capacidade de controlar o comércio exterior e os fluxos internacionais de capitais, tornando-se mais vulneráveis na medida em que perdem a capacidade de resistência a pressões, fatores desestabilizadores e choques externos[22], resultando no aumento do poder de barganha das grandes empresas e dos bancos internacionais frente a esses Estados[23].

A essas consequências da globalização econômica, Gonçalves[24] acrescenta, ainda, o aumento da desigualdade internacional com a mercantilização de tudo, incluindo o próprio homem, cujos valores e ideais são sufocados pelos interesses, trazendo consigo a superação da solidariedade pelo individualismo e da felicidade pela riqueza. O "homem-mercadoria" fica cada vez mais suscetível ao desemprego e à precarização das relações de trabalho, com a consequente perda de dignidade. Tal situação é mais um reflexo de uma economia global planejada para atender aos interesses econômicos das corporações e das finanças internacionais, tornando supérfluos a maioria dos seres vivos ao redor do mundo[25].

---

21 GONÇALVES, Reinaldo, *op. cit.*, p. 26.

22 GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização.* BARATA, Saul (Trad.). Lisboa: Editorial Presença, 2006, p. 21.

23 GONÇALVES, Reinaldo, *op. cit.*, p. 33.

24 *Idem.*

25 CHOMSKY, Noam. *What Uncle Sam Really Wants.* Berkeley: Odonian Press, 2002, p. 41.

Aliado a tudo isso, os riscos crescentes de crises institucionais em países em desenvolvimento provocam perda de liberdade, com o retrocesso dos direitos sociais, sendo que em grande parte desses Estados, os direitos políticos são filtrados pelo poder econômico[26].

É nessa maior ou menor influência dos Estados nas relações econômicas internacionais que se pode aumentar ou diminuir seu poder político internacional com o consequente distanciamento ou aproximação da concretização de direitos de seus cidadãos no plano interno. Ao mesmo tempo, a dominância das elites no plano interno dos Estados ocorre às custas das classes menos favorecidas, aumentando ainda mais a distância entre governantes e governados, o que causa ou aumenta o abandono gradual das políticas públicas.

Por sua vez, Rodrick[27] traz argumentos favoráveis e contrários a essa mobilidade irrestrita do capital perfectibilizada pela globalização. Seus defensores afirmam que a globalização financeira gera benefícios colaterais, como uma melhor promoção dos setores financeiros internos, a disciplina na condução das políticas macroeconômicas, a exposição das empresas nacionais à concorrência externa e pressões para uma melhor governança, tanto pública quanto corporativa. Por outro lado, pode-se argumentar o contrário sugerindo que a globalização financeira enfraquece (em vez de fortalecer) a disciplina macroeconômica e mina (em vez de promover) o desenvolvimento das instituições.

Além do exposto, pode-se afirmar que a globalização interfere também em padrões trabalhistas, na medida em que por meio da terceirização internacional pode-se contratar mão de obra estrangeira em outro país, produzindo mais barato diante de regras trabalhistas menos rígidas. Com isso, os trabalhadores locais e sindicatos perdem poder de barganha (ou então perdem seus empregos), ocasionando uma flexibilização das regras trabalhistas em prejuízo dos empregados[28].

Em outras palavras, nessa exposição concorrencial, o empregador de um país (onde as leis trabalhistas existem e são rígidas) pode substituir a mão de obra local pela mão de obra de um país onde o empregado aceitará trabalhar em condições precárias ou piores e, consequentemente, com menor custo ao empregador. Com isso, as regulamentações trabalhistas, os níveis de sindicalização e, de modo geral, os direitos políticos exercidos pelos trabalhadores daquele país – que antes moldavam as barganhas em face de seus empregadores dentro da economia doméstica – perdem sua eficácia, e a ameaça da perda de empregos – diante da concorrência desleal dos empregados de menor custo de outros países – termina por influir negativamente nos empregos e salários da economia doméstica.

---

[26] GONÇALVES, Reinaldo, *op. cit.*, p. 33.
[27] RODRIK, Dani, *op. cit.*, p. 78-79.
[28] *Ibidem*, p. 118.

Outra consequência nociva reside no enfraquecimento das comunidades locais mediante o oferecimento de preços melhores pelas empresas transnacionais, com as quais essas comunidades não podem competir, causando esvaziamento e prejuízos ao seu desenvolvimento[29].

Ademais, há, segundo Galvão e Pereira[30], uma relativa facilidade dessas empresas transnacionais transferirem o local de sua produção de acordo com as conveniências de custos, benefícios fiscais, políticas industriais e comerciais. Tal atitude pode causar profundas e funestas consequências nos países periféricos, deixando-os reféns dessas empresas.

Nesse vértice, observa-se que essas empresas possuem elevado poder de barganha em face dos países anfitriões, interferindo no seu poder econômico e político. Stiglitz[31] afirma que por meio dessas interferências, essas empresas terminam por evitar a regulação de impostos, limitar direitos trabalhistas e reduzir gastos com a contenção da poluição ambiental (ou simplesmente transferem os custos ambientais ao país anfitrião).

Acrescente-se, ainda, que o interesse pelo capital, investimentos e empregos gerados por essas empresas, acirra a competição entre os países menos desenvolvidos, sendo seus reflexos sentidos por sua população na medida em que diminui a proteção às leis trabalhistas (como observado alhures) e ocorre o esvaziamento das políticas ambientais.

Como poucos desses países conseguem atrair esses capitais estrangeiros, ocorre a redução do potencial de convergência com os países desenvolvidos, criando um ciclo vicioso de pobreza[32]. Assim, países pobres continuam pobres e os mais pobres aumentam ainda mais sua pobreza. O difícil torna-se impossível e o cenário passa a ser o pior para a democracia.

Desse modo, apesar da promessa de dar a todos o acesso a mercados, capital e tecnologia e promover a boa governança, além de eliminar todas as deficiências que criam e sustentam a pobreza e recuperar as regiões mais atrasadas do mundo, verifica-se que nos últimos dois séculos, a globalização deu causa a uma enorme divergência econômica em escala global[33].

Por outro lado, conforme lecionado por Galvão e Pereira[34], pode-se afirmar que os países desenvolvidos têm mantido ou aumentado sua riqueza, ao passo que alguns países em desenvolvimento fizeram progressos importantes. Dentre

---

29 STIGLITZ, 2006, *apud* GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria, *op. cit.*, p. 26.
30 GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria, *op. cit.*, p. 12.
31 2006, *apud* GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria, *op. cit.*, p. 12.
32 FERNÁNDEZ, 2012, *apud* GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria, *op. cit.*, p. 26.
33 RODRIK, Dani, *op. cit.*, p. 87.
34 GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria, *op. cit.*, p. 14.

esses, interessa ao presente estudo destacar o Brasil e sua trajetória democrática iniciada na primeira república.

O capitalismo e as limitações da democracia no Brasil republicano

Segundo Saes[35], na primeira república – qualificada por muitos autores como "democracia oligárquica" – não se constituiu um pluralismo partidário (ainda que houvesse condições para isso à época). O que se viu foi o controle estrito exercido pelo Partido Republicano sobre os Poderes Executivo e Legislativo – nacional e regionais –, inviabilizando a alternância de partidos à frente do governo, tanto no Executivo, quanto no Legislativo.

Mesmo diante desse controle partidário único, não se pode descaracterizar o período como democrático, segundo o autor, diante da forma de Estado e o regime político exercidos, com o funcionamento de um Parlamento e a realização regular de eleições para o Executivo e o Legislativo, em todos os níveis. Por outro lado, essa democracia pode ser considerada de caráter "limitado", já que restou inviabilizado o estabelecimento de uma efetiva alternância partidária e, por consequência, de um pluripartidarismo "de fato"[36].

Nesse primeiro período republicano, segundo Saes[37], criaram-se as condições jurídicas e ideológicas necessárias à formação e ao desenvolvimento do mercado de trabalho e o nascimento da grande indústria moderna, com a "libertação" de todos os homens sujeitos a trabalho compulsório e o incentivo à imigração estrangeira.

Essa "libertação", entretanto, não ocorreu de forma completa no contexto histórico brasileiro. Em grande parte do País, converteu-se nas "formas camponesas dependentes" descritas por Jacob Gorender[38], perpetuando-se até os dias de hoje – como será visto adiante – na exploração do trabalho em regime quase escravo no contexto amazônico.

Dessa forma, restou conservada a grande propriedade fundiária, alheia à mecanização e ao trabalho assalariado, sendo que, pelas referidas "formas camponesas dependentes", o camponês detinha o uso, porém não a propriedade da terra em que trabalhava, envolvendo-se numa relação de dominação e dependência pessoais – tanto do ponto de vista econômico quanto do ponto de vista ideológico – frente ao grande latifundiário[39].

---

35 SAES, Décio. Democracia e Capitalismo no Brasil: balanço e perspectivas. *Revista de Sociologia e Política* (UFPR). Curitiba, n. 6-7, p. 129-147, dez. 1996, p. 130.

36 *Idem*.

37 *Ibidem*, p. 132.

38 *Apud* SAES, 1996, p. 132.

39 JACOB GORENDER, *apud* SAES, 1996, p. 132.

Tal relação de dominação pessoal das classes populares rurais influenciou de forma preponderante a democracia naqueles idos, já que a grande massa camponesa estava sujeita aos interesses políticos desses grandes latifundiários – os "coronéis"[40].

Como consequências dessa dominação política pelos grandes latifundiários ligados ao Partido Republicano – base de uma burguesia comercial agroexportadora –, houve um predomínio da agricultura nessa etapa inicial do desenvolvimento do capitalismo no Brasil, atrasando o processo de industrialização do País em relação aos grandes países capitalistas centrais e inviabilizando a emergência de partidos populares rurais e de partidos trabalhistas urbanos, alijando a grande massa da população do jogo político-institucional[41].

Já na experiência democrática brasileira de 1945-1964, o autor afirma que a limitação foi de natureza distinta daquela vigente na Primeira República, pois diferentemente da República do "Café com Leite", subsistiu um sistema pluripartidário (cujo núcleo foi ocupado por três legendas: PSD, PTB e UDN), porém relegado a um lugar menos importante no processo decisório estatal, decorrente da crise de hegemonia herdada da "Revolução de Trinta", não ocorrendo a convergência de interesses entre os partidos políticos da classe dominante e a burocracia de Estado, terminando por afastar o Brasil, daqueles idos, das democracias vigentes nos países capitalistas centrais[42].

Nesse contexto histórico, emergiu uma burguesia industrial dependente da burocracia estatal, substituindo-se a burguesia comercial-exportadora anterior. Por sua vez, essa burocracia estatal se converteu numa força política autônoma, conquistando a preponderância absoluta dentro do processo decisório estatal para promover uma política de desenvolvimento capitalista, que terminou por se alinhar aos interesses da burguesia industrial que se formava[43].

A partir daí, ocorre um processo de industrialização acelerado – não necessariamente positivo, eis que terminou por "queimar" etapas –, passando o Brasil a importar o desenvolvimento tecnológico alcançado pelos países capitalistas centrais. Com isso, o País logrou alterar sua economia agroexportadora para uma incipiente economia industrial, porém o custo desse salto foi sentido pela democracia, já que os trabalhadores urbanos recém surgidos – herdeiros do campesinato dependente – não se encontravam politicamente organizados, passando dessa forma ao controle do Estado, identificando-se com o jogo político democrático estatal de tipo populista[44].

---

40 SAES, Décio, *op. cit.*, p. 132.
41 *Ibidem*, p. 133.
42 *Ibidem*, p. 136.
43 *Idem*.
44 *Idem*.

O que se viu, a partir de então, foi o controle político dessas massas de trabalhadores pelo Estado, por meio de um partido trabalhista artificial e de origem burocrática – o PTB – e pelos sindicatos "oficiais" diretamente subordinados ao Ministério do Trabalho – os chamados "sindicatos de Estado"[45].

Por sua vez, a forma de Estado e o regime político que emergiram do processo constituinte de 1988 também fazem caracterizar a democracia atual brasileira como limitada, assim como ocorreu nos períodos republicanos antes de 1964, porém por motivos diferentes[46].

Nesse sentido, essa limitação democrática pode ser caracterizada, segundo o autor, por diversos fatores. Um deles é o superdimensionamento do papel político atribuído às Forças Armadas, a exemplo do contido no art. 142 da Carta Magna, como parte do processo de militarização estatal do Estado brasileiro, a partir de 1964. Em tal dispositivo, confere-se aos militares a prerrogativa de intervir politicamente a favor da "manutenção da ordem" genericamente definida, sem que seja necessária autorização prévia do Congresso, o que destoa, segundo o autor, do padrão democrático vigente nos países capitalistas centrais[47].

Além disso, as Forças Armadas permanecem presentes no aparelho estatal, em órgãos responsáveis pelos ramos de inteligência, questão nuclear, política de fronteiras etc. Segundo o autor, essa modalidade específica de presença não é usual nas grandes democracias capitalistas ocidentais. Tal tipo de participação estatal permite que as instituições militares exerçam o controle de temas e matérias que, naquelas democracias, estariam inseridos na esfera de competência do Parlamento[48].

Outro aspecto limitador democrático reside no reforço da posição do Executivo concedido pela Carta constitucional, ao dotar o governo de instrumento legiferante sujeito a condições menos rigorosas das utilizadas no Legislativo: as Medidas Provisórias. Essa modalidade de produção legal ressuscita, como ressalta Abranches[49], os Decretos-Lei de Vargas e do Regime Militar, períodos caracterizados pela concentração de poder nas mãos do Executivo, desvalorizando dessa forma os demais poderes inerentes aos regimes democráticos.

A ambos os aspectos acima citados, pode ser acrescentada ainda, como limitação da democracia brasileira, a hegemonia política das elites, que não permite, assim como no passado, o surgimento de grupos mais vocacionados aos

---

45 *Idem*.
46 *Ibidem*, p. 141.
47 *Idem*.
48 *Ibidem*, p. 142.
49 ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 96.

interesses das classes menos favorecidas, impedindo, com isso, uma efetiva cidadania para os mais pobres[50].

Nesse contexto, Abranches[51] leciona que as regras eleitorais e partidárias em nosso País impedem o acesso a pessoas que não estejam alinhadas às oligarquias, perpetuando-se as dinastias políticas no poder e permanecendo grande parte da população sem uma efetiva representação.

Do exposto, pode-se inferir que no Brasil encontra-se em vigor, nos dias de hoje, uma democracia pouco desenvolvida se comparada com os padrões democráticos apresentados pelos países capitalistas centrais, o que vai ao encontro da previsão de Saes[52] à época da publicação de seu artigo, no qual constavam as seguintes opções de futuro para a democracia brasileira: a) sua estabilização, garantindo-se sua sobrevivência a médio prazo; b) sua evolução, a médio prazo, para uma democracia capitalista ampliada, mais próxima das democracias capitalistas centrais; e c) sua degradação, retrocedendo a médio prazo para alguma forma de autoritarismo.

Passados 23 anos da referida publicação, pode-se afirmar que o autor estava no caminho certo em suas previsões: a democracia brasileira parece ter se estabilizado nesse formato limitado, porém não se deve descartar a hipótese de retrocesso para alguma forma de autoritarismo, especialmente diante da polarização crescente da política brasileira e do acirramento de ânimos de ambos os lados, conforme se observa atualmente.

Outrossim, quando se infere que nossa democracia "parece" ter se estabilizado, faz-se isso diante da conclusão de dois processos de *impeachment* dentre somente cinco presidentes eleitos em 31 anos de vigência da atual Constituição. Tais situações não transparecem – pelo menos à primeira vista – uma efetiva estabilidade democrática no fato de restarem impedidos pelo Parlamento – em processos no mínimo "excêntricos" eis que, segundo Abranches[53], não há regras claras para o impedimento no Brasil – dois presidentes eleitos democraticamente pelo povo, não se podendo afirmar ser essa realmente a vontade da maioria que os elegeu.

O que é certo e comum a esses dois governos, da mesma forma que em outros que os antecederam – Getúlio Vargas, Jânio Quadros e João Goulart – é que num ambiente de crise econômica e social, com queda do crescimento e elevação da inflação, é muito alta a probabilidade da interrupção de um mandado presidencial[54],

---

50 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização:* do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 25.

51 ABRANCHES, Sérgio, *op. cit.*, p. 11.

52 SAES, Décio, *op. cit.*, p. 143.

53 ABRANCHES, Sérgio, *op. cit.*, p. 494.

54 *Ibidem*, p. 95.

o que vai ao encontro do lecionado por Fraser[55] no que se refere à influência exercida pelo capitalismo financeirizado no poder dos Estados nacionais.

O capitalismo na Amazônia de ontem e de hoje

Adentrando o contexto amazônico, percebe-se que a região acompanhou, dentro de suas especificidades geográficas – físicas e humanas –, o desenvolvimento do capitalismo no Brasil, porém não num contexto inicial agroexportador como o ocorrido no centro-sul do País, e sim num contexto extrativista-explorador ("explorador no sentido de aproveitador, abusador ou extortor/extorsionário) – da floresta, dos povos indígenas e dos migrantes que se deslocaram para a região, bem como dos seus descendentes.

Nesse sentido, conforme Cardoso e Müller[56], o afã do progresso, a busca de integração nacional e o crescimento econômico terminaram por causar a devastação dos espaços amazônicos, iniciando a incorporação da região ao processo geral da expansão capitalista no Brasil.

Em tal processo, a Amazônia desenvolveu, a partir dos séculos XVII e XVIII – período correspondente ao ciclo das chamadas "drogas do sertão" (canela, cravo, anil, cacau, raízes aromáticas, sementes oleaginosas, madeiras, salsaparrilha etc.) – as características de frente pioneira, incorporando em sua expansão as mais variadas formas sociais de produção, desde formas compulsórias de trabalho até relações puramente assalariadas[57].

Entre essas formas de trabalho, as compulsórias foram as mais predominantes na região, compreendendo de início a mão de obra indígena – primeiro, escrava e depois, em troca de quinquilharias –, juntando-se posteriormente, no ciclo da borracha – a partir do primeiro quarto do século XIX –, à mão de obra quase escrava das populações de outras regiões que migraram para a Amazônia – em especial oriundos do Nordeste – em busca de melhores condições de vida e de trabalho[58].

Assim, conforme Ribeiro[59], as populações indígenas passaram a ser compulsoriamente aliciadas para a produção da borracha e para os trabalhos ligados à navegação fluvial, enquanto a população nordestina que migrava para a região era coagida a se ajustar ao trabalho no seringal, onde imperava o "sistema de barracão", amparado pela violência exercida pelos capangas do seringalista[60].

---

55 FRASER, Nancy, *op. cit*., p. 176.

56 CARDOSO, Fernando Henrique; MÜLLER, Geraldo. *Amazônia:* expansão do capitalismo [*on-line*]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008, p. 1.

57 *Ibidem*, p. 13.

58 *Ibidem*, p. 18-19.

59 1970, *apud* CARDOSO, Fernando Henrique; MÜLLER, Geraldo, *op. cit*., p. 18.

60 CARDOSO, Fernando Henrique; MÜLLER, Geraldo, *op. cit*., p. 18.

Segundo Soave, Araújo e Kalil, o sistema de barracão, também conhecido como "escravidão por dívida" acontece quando:

> o empregado contrai dívidas com o empregador em razão da aquisição de alimentos, ferramentas de trabalho ou equipamentos de proteção por valores acima dos praticados no mercado ou pela cobrança desarrazoada de moradia. Assim, o salário do empregado é retido e nada ou muito pouco é pago no final do mês. Nessa situação, a liberdade do trabalhador é constrangida, física ou moralmente, pois não consegue romper o vínculo empregatício até a quitação da dívida[61].

Nesse contexto, torna-se fácil constatar que nesse ciclo do capitalismo amazônico – permeado por relações econômicas quase escravas e o devassamento da floresta –, o capital permanecia concentrado nas mãos de empresários nacionais e estrangeiros – esses, os grandes produtores de borracha –, não sem antes passar de forma breve pelas mãos do Estado brasileiro – por meio dos impostos sobre as exportações e o monopólio do excedente – e dos comerciantes intermediários nas chamadas "casas aviadoras" locais.

Esse sistema de aviamento é um mecanismo que reitera uma cadeia de dependências: a casa aviadora subordina-se ao capital estrangeiro; o seringalista torna-se devedor da casa aviadora; e, num elo mais forte, o seringueiro sujeita-se ao seringalista[62]. Assim como o sistema de barracão, o aviamento persiste até os dias atuais na região amazônica, mantendo-se a exploração de trabalhadores e de culturas extrativas[63].

Tais formas de exploração do trabalho e da floresta persistem nos demais ciclos econômicos da Amazônia, seguindo-se uma lógica exploratória que acompanha a alta de determinado produto e, em sua queda, o retorno às relações locais a base de autoabastecimento; ao surgimento de nova demanda do mercado, a população local voltava-se à sua exploração[64].

Por sua vez, essa forma intermitente de exploração sempre pronta a atender um novo fluxo mercantil-extrativista externo terminava por desvalorizar a produção e o mercado locais, mantendo-se a estagnação da região, demonstrando com isso o poder do capital industrial internacional frente às relações políticas, econômicas e sociais na Amazônia.

---

61 SOAVE, Fernando Merloto; ARAÚJO JÚNIOR, Julio José; KALIL, Renan Bernardi. A extração da piaçava e o trabalho escravo contemporâneo na Amazônia. *ANPR,* 2014, n.p.

62 PRADO; CAPELATO, 1975, p. 298, *apud* CARDOSO, Fernando Henrique; MÜLLER, Geraldo, *op. cit*., p. 22-23.

63 SOAVE, Fernando Merloto; ARAÚJO JÚNIOR, Julio José; KALIL, Renan Bernardi, *op. cit*., n.p.

64 CARDOSO, Fernando Henrique; MÜLLER, Geraldo, *op. cit*., p. 7.

Isso demonstra, indubitavelmente, não só que o fenômeno de subjugação dos Estados pelas empresas transnacionais não é um fenômeno recente, mas também que tais empreendimentos vêm se utilizando da floresta amazônica e de seus habitantes para a aplicação de suas operações de investimento e produção – conforme lecionado por Galvão e Pereira[65] – desde pelo menos o primeiro quarto do século XIX, quando do início do ciclo da borracha.

Findo o interesse econômico na região, com o declínio da borracha brasileira por volta de 1940-1950, essas empresas transferiram seu capital e investimentos para outros países com melhores oportunidades lucrativas, deixando a Amazônia pior do que quando a encontraram, tudo com apoio do Estado brasileiro. Essa situação de ausência de investimentos é alterada na década de 1960-1970, quando ocorre um novo fluxo interno de diversificação da produção baseado no latifúndio extrativo e na instalação de grandes empresas mineradoras[66]. Entretanto, esse período – compreendendo o regime militar (pós-1964) –, não foi igualmente benéfico para a região.

Ao tratar desse período, denominado de "ocupação recente" da Amazônia, Nascimento[67] observa que a estratégia empregada pelos militares era de prevenir as ideias socialistas e, ao mesmo tempo, abrir espaços ricos em matérias primas à exploração capitalista. Como resultado, desencadeou-se uma ocupação desordenada e predatória da Amazônia, culminando em graves problemas agrários e ambientais que persistem até os dias de hoje.

Dentre essas formas de ocupação, destacam-se, a partir da década de 1970, a implantação de grandes projetos minero-metalúrgicos e a construção da Rodovia Transamazônica. O que para as elites locais e nacionais da época apresentou-se como desenvolvimento da região, na realidade representou para os países hegemônicos a internacionalização do capital[68].

Além disso, nesse processo, as empresas transnacionais que se instalaram na Amazônia, beneficiadas pelos incentivos recebidos e flexibilizações diversas pelo Estado, terminaram por organizar a produção de matéria-prima a baixo custo para si, encaminhando-a aos países detentores do capital, que a transformariam em mercadoria, alimentando, com isso, o ciclo de produção e acumulação do capital nesses países hegemônicos[69], tudo isso mediante o

---

65 GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria, *op. cit*., p. 41.

66 CARDOSO, Fernando Henrique; MÜLLER, Geraldo, *op. cit*., p. 5.

67 NASCIMENTO, Nádia Socorro Fialho. Amazônia e Desenvolvimento Capitalista: a centralidade da região para a acumulação de capital e a produção de expressões da "questão social". *Revista de Políticas Públicas* (UFMA). São Luís, v. 14, n. esp., p. 203-213, ago. 2010, p. 208.

68 LIMA, 1994, *apud* NASCIMENTO, Nádia Socorro Fialho, *op. cit*. p. 208.

69 NASCIMENTO, Nádia Socorro Fialho, *op. cit*. p. 208.

elevado custo das vidas de migrantes de outras regiões – especialmente nordestinos –, de imigrantes de outros países pouco desenvolvidos ou em desenvolvimento e dos povos indígenas, que tiveram seus territórios invadidos, cujos sobreviventes ainda hoje enfrentam as mazelas da marginalização social e abandono pelo Estado.

Esse, aliás, é o panorama deixado pelo capitalismo na Amazônia: os recursos extraídos da floresta e de seu solo, transformados em riqueza dos países desenvolvidos, terminaram por condenar à pobreza a grande maioria da população amazônica, não ocorrendo sequer a reversão em dividendos para a população local – muito pelo contrário: o resultado foi a expropriação, a aculturação e o empobrecimento[70].

Ou seja, apesar da grande circulação de capital na região – especialmente nos ciclos da borracha e da exploração mineral –, não houve por parte dos empresários brasileiros, nem dos governos local e federal, iniciativas voltadas à defesa da produção regional ou mesmo de políticas democráticas voltadas à população amazônica. O que ocorreu foi a canalização de recursos para um consumo desmedido e leviano, não concorrendo para a transformação das condições existentes[71].

Assim, nas lições de Cardoso e Müller[72], a Amazônia nunca logrou estruturar interesses locais próprios, representando sempre uma terra a ser usada e posta de lado – assim como seus habitantes –, caracterizando como partes integrantes da expansão do grande capital – talvez mais do que em qualquer outra região do País – os conceitos de superexploração do trabalho e a extração da mais-valia absoluta, tudo por meio da exploração brutal do trabalho:

> Na prática, e cada vez mais, a Amazônia, ao ser incorporada ao mercado brasileiro e exportador e ao transformar-se em palco para a atuação das grandes empresas, perde algo de sua dimensão mítica e apresenta-se com o rosto do sofrimento dos muitos que já a habitam e que, apesar da prosperidade das empresas nas quais trabalham, continuam carentes de condições razoáveis de habitação, saúde, educação e ocupação[73].

Por fim, acrescente-se que essa situação está longe de mudar. Em entrevista recente à BBC News Brasil (datada de 15 de agosto de 2019), o Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, afirmou que a Amazônia precisa de "soluções capitalistas" com a finalidade de dar dinamismo econômico para a floresta e gerar renda para os cerca de 20 milhões de brasileiros que habitam a região[74].

---

70 *Ibidem*, p. 209.

71 PRADO; CAPELATO, 1975, p. 307, *apud* CARDOSO, Fernando Henrique; MÜLLER, Geraldo, *op. cit.*, p. 26.

72 CARDOSO, Fernando Henrique; MÜLLER, Geraldo, *op. cit.*, p. 2.

73 *Ibidem*, p. 8.

74 SCHREIBER, Mariana; FELLET, João. Amazônia precisa de "soluções capitalistas", diz ministro do Meio Ambiente. *BBC News Brasil*. São Paulo, 15 ago. 2019, n.p.

Tais soluções, nas palavras de Salles, serviriam como alternativa econômica para os habitantes da região em detrimento das atividades ilegais atualmente existentes, cujo aumento seria decorrente de uma política inadequada conduzida nos últimos anos, que optou por fingir que essas pessoas não existiam[75].

De uma pergunta realizada pela BBC e respondida pelo Ministro, depreende-se que essas alternativas econômicas – as tais "soluções capitalistas" – estariam relacionadas a ações de madeireiros e garimpo, porém, nas palavras do ministro "realizadas com cuidados ambientais, com licenciamento"[76]:

> **BBC News Brasil – Essas alternativas a que o sr. se refere são ações que causam danos a floresta, como ações de madeireiros, de garimpo? A que o sr. se refere?**
>
> **Salles** – Não é verdade. Todas as ações econômicas podem ser realizadas com cuidados ambientais, com licenciamento. Há vários países que fazem atividades que são potencialmente poluidoras, e fazem de uma maneira correta. Então, não é verdade que a atividade é essencialmente degradadora. Se ela for feita dentro dos fatores corretos de licenciamento, dentro das regras, e foram feitas de maneira formal, elas podem seguir um parâmetro adequado[77].

Ou seja, segundo o Ministro do Meio Ambiente, a solução para as mazelas econômicas e sociais da Amazônia teria como norte o mesmo capitalismo que vem causando sua exploração e degeneração desde os idos coloniais, num ciclo vicioso, que não tem fim.

Se a "legalização" do garimpo e do desmatamento são de fato as soluções atuais para a Amazônia, e é cristalino que tais ações depredatórias contribuem para a exploração da mão de obra da população regional em regime de quase escravidão (regime esse ainda presente na floresta, conforme demonstrado no decorrer da presente pesquisa), quem pode garantir que nessa esteira não está a caminho a legalização do sistema de barracão – selando em definitivo o destino da floresta e de seus habitantes?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, pode-se afirmar que num ambiente atual de globalização, em que não existe país no mundo que não influencie ou sofra influência de capitais externos – nesse último caso especialmente os países menos desenvolvidos e em desenvolvimento –, Estados como o Brasil têm o sucesso de sua democracia diretamente atrelada ao seu grau de dependência do capital.

---

75 *Idem.*
76 *Idem.*
77 *Idem.*

Nesse sentido, o Brasil sofre atualmente as interferências do capitalismo financeirizado, não desenvolvendo de forma eficiente políticas públicas em prol do cidadão e do País, no qual o capital tem prioridade nas decisões políticas. Tome-se, por exemplo, no caso específico da Amazônia, a presença dos grilhões do capital no posicionamento do Ministro do Meio Ambiente – conforme delineado anteriormente –, apontando-se como solução para a economia da região a legalização de atividades que devastam a floresta todos os dias.

Entretanto, é histórico e notório que a exploração da Amazônia que vem ocorrendo há séculos em nome do capital jamais logrou resolver os problemas locais, muito pelo contrário: foi a busca ensandecida pelo capital que agravou os problemas já existentes.

A solução para a Amazônia não é sua exploração, mas sim sua preservação e o respeito às populações que habitam a região. As belezas e a imensidão da floresta por si só permitem o estabelecimento de um forte turismo ecológico e sustentável na região, à semelhança do que ocorre em outras paisagens naturais pelo mundo afora – inclusive no Brasil. Nessa esteira, viriam empregos à população local e uma consciência de que preservar e respeitar é mais importante do que lucrar.

Concomitantemente, deve haver uma reeducação política e econômica em âmbito nacional e local, objetivando entre outros aspectos: 1) que o capital gerado na Amazônia se transforme, de fato, em frutos para a população local – especialmente o relacionado à Zona Franca de Manaus; 2) que sejam rompidos os ciclos viciosos de poder político que permeiam a democracia brasileira desde antes da república; e 3) que seja aumentada a presença do Estado no sentido de assistir, proteger, educar e defender a floresta e seus habitantes.

Ou seja, é possível imaginar diversas opções de soluções para os problemas sociais, políticos e econômicos que assolam a região amazônica desde sempre, sendo que todas, obrigatoriamente, passam pela conscientização das autoridades locais e nacionais no sentido de promover a necessária diferenciação em proveito da floresta e do povo amazônico de acordo com suas especificidades geográficas anteriormente delineadas. É dessa isonomia que a Amazônia precisa.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, 647p. E-Book.

CARDOSO, Fernando Henrique; MÜLLER, Geraldo. *Amazônia*: expansão do capitalismo [*on-line*]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008, 168p. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/mnx6g/pdf/cardoso-9788599662731.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

CHOMSKY, Noam. *What Uncle Sam Really Wants*. Berkeley: Odonian Press, 2002, 63p.

DUPAS, Gilberto. A lógica da economia global e a exclusão social. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 121-159, dez., 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000300019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 out. 2020.

FLEURY, Sonia. Capitalismo, democracia, cidadania: contradições e insurgências. *Saúde Debate*. Rio de Janeiro, v. 42, n. esp. 3, p. 108-124, nov. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v42nspe3/0103-1104-sdeb-42-spe03-0108.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

FRASER, Nancy. Crise de legitimação? Sobre as contradições políticas do capitalismo financeirizado. SOUZA FILHO, J. I. R. (Trad.). *Cadernos de Filosofia Alemã:* Crítica e Modernidade (USP). São Paulo, v. 23, n. 2, p. 153-188, 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/153165/149738>. Acesso em: 31 mar. 2020.

GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria. Empresas transnacionais (ETNs) e os países pobres: reflexões sobre a governança global. *Geosul* (UFSC). Florianópolis, v. 32, n. 63, p. 7-48, jan.-abr., 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/318374483_Empresas_transnacionais_ETNs_e_os_paises_pobresreflexoes_sobre_a_governanca_global>. Acesso em: 31 maio 2020.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. BARATA, Saul (Trad.). Lisboa: Editorial Presença, 2006, 93p.

GONÇALVES, Reinaldo. *O nó econômico*. Os porquês da desordem mundial. Mestres explicam a globalização. SADER, E. (org.). Rio de Janeiro: Record, 2003, 140p.

IANNI, Octavio. Globalização: novo paradigma das ciências sociais. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 8, n. 21, p. 147-163, ago. 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 out. 2020.

NASCIMENTO, Nádia Socorro Fialho. Amazônia e Desenvolvimento Capitalista: a centralidade da região para a acumulação de capital e a produção de expressões da "questão social". *Revista de Políticas Públicas* (UFMA). São Luís, v. 14, n. esp., p. 203-213, ago. 2010. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/401/4217>. Acesso em: 26 jun. 2020.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia da pesquisa em direito:* técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 552p.

RODRIK, Dani. *The Globalization Paradox:* why global markets, states and Democracy can't coexist. New York: Oxford University Press, 2011, 171p.

SAES, Décio. Democracia e Capitalismo no Brasil: balanço e perspectivas. *Revista de Sociologia e Política* (UFPR). Curitiba, n. 6-7, p. 129-147, dez. 1996. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39345/24161>. Acesso em: 28 jun. 2020.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização:* do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2004, 176p.

SCHREIBER, Mariana; FELLET, João. Amazônia precisa de "soluções capitalistas", diz ministro do Meio Ambiente. *BBC News Brasil*. São Paulo, 15 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49363387>. Acesso em: 01 jul. 2020.

SOAVE, Fernando Merloto; ARAÚJO JÚNIOR, Julio José; KALIL, Renan Bernardi. A extração da piaçava e o trabalho escravo contemporâneo na Amazônia. *ANPR*. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/20880-a-extracao-da-piacava-e-o-trabalho-escravo-contemporaneo-na-amaz%C3%B4nia>. Acesso em: 16 jun. 2020.

Data de recebimento: 05/07/2020

Data de aprovação: 29/10/2020

HABERMAS AND THE ISSUE OF RELIGION IN THE PUBLIC SPACE: CRITICAL CONTRIBUTIONS TO A NEW VIEW ON STATE LAICITY

HABERMAS E A QUESTÃO DA RELIGIÃO NO ESPAÇO PÚBLICO: CONTRIBUIÇÕES CRÍTICAS PARA UM NOVO OLHAR ACERCA DA LAICIDADE ESTATAL

Raique Lucas de Jesus Correia[*]
Marta Gama[**]
Fernanda Busanello Ferreira[***]

ABSTRACT

Modernity has inaugurated a new stage in the relationship between ecclesiastical and secular power. On the one hand, the extinction of religions was thought of as an inevitable future; on the other, the emergence of religious orthodoxies on a global scale brought to light the complexity of a new political arrangement, in which religious and non-religious citizens vie for the establishment of their agendas. At a time when secularized societies experience the religious revival in the public sphere, the concept of "secularism" takes on new shapes and can no longer mean a simple movement to combat religious presence in these spaces or a mere institutional arrangement of separation between State and Church. In this article we seek to investigate to what extent Habermas' proposal that religion can no longer be fought as an evil to be expelled and imprisoned in the intimate sphere of individuals, and must adapt its presence in the public space through legitimate contributions to the deliberative process, constitutes an adequate model to the Brazilian reality, verifying its limits and

[*] Discente do Curso de Direito e Instrutor de Pesquisa do Programa de Bolsas para Iniciação Científica (PIBIC) do Centro Universitário Social da Bahia (UNISBA). Assistente de Pesquisa na Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação (PRPGI) do Instituto Federal da Bahia (IFBA).

[**] Doutora e Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Políticas e Epistêmes da Cidadania (GPPEC/UNIFACS/CNPq).

[***] Pós-Doutora pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Docente da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (PPGIDH) da UFG.

possibilities. In view of the above, the present article intends to examine the Habermasian model of "post-secular state" as an alternative to the current model based on laicism, through bibliographic research and using the hypothetical-deductive method. To this end, we propose a review of the main concepts formulated by Habermas, from the publication of the "Theory of Communicative Action" to the most recent texts and essays. In addition, it will also seek to answer some criticisms and formulate other questions, to delimit the viability of the Habermasian paradigm, above all, considering the Brazilian reality. In this sense, we present an outline of the arguments raised by Habermas in defense of religious participation in the public space and the parameters endorsed by him as a way of guaranteeing state neutrality. Finally, we confront his theses with the position of Brazilian authors and conclude by recognizing some weaknesses in his theoretical model, stressing, however, the importance of his contributions to the composition of a plural public space and a democracy attentive to the voices of all citizens.

Keywords: Secularization. Post-secular society. Theory of Communicative Action. Jürgen Habermas. Deliberative democracy.

RESUMO

A modernidade inaugurou um novo estágio nas relações entre o poder eclesiástico e o poder secular. De um lado, pensou-se na extinção das religiões como um futuro inevitável, por outro, a emergência das ortodoxias religiosas em escala global trouxe à tona a complexidade de um novo arranjo político, em que cidadãos religiosos e cidadãos não-religiosos disputam pelo *establishment* de suas pautas. Numa época em que sociedades secularizadas experimentam o renascer religioso na esfera pública, o conceito de "laicidade" ganha novos contornos e já não pode significar um simples movimento de combate à presença religiosa nesses espaços ou uma mera configuração institucional de separação entre Estado e Igreja. Neste artigo buscamos investigar em que medida a proposta de Habermas de que a religião já não pode ser combatida como um mal a ser expulso e aprisionado na esfera íntima dos indivíduos, devendo adequar-se sua presença no espaço público por meio de contribuições legítimas ao processo deliberativo, consubstancia-se como modelo adequado à realidade brasileira, verificando-se seus limites e possibilidades. À vista disto, o presente artigo tenciona o exame do modelo habermasiano de "Estado pós-secular" como alternativa ao modelo laicista vigente, por meio de pesquisa do tipo bibliográfica e utilizando o método hipotético-dedutivo. Para tanto, propõe-se uma revisão dos principais conceitos formulados por Habermas desde a publicação da "Teoria do Agir Comunicativo" até os textos e ensaios mais recentes. Além disso, buscar-se-á também responder algumas críticas e formular outros questionamentos, no sentido de delimitar a viabilidade do paradigma habermasiano, sobretudo,

pensando a realidade brasileira. Nesse sentido, apresentamos um esboço dos argumentos levantados por Habermas em defesa da participação religiosa no espaço público e dos parâmetros referendados por ele como forma de se garantir a neutralidade estatal. Finalmente, confrontamos suas teses com o posicionamento de autores brasileiros e concluímos reconhecendo algumas fragilidades no seu modelo teórico, salientando, contudo, a importância de suas contribuições para a composição de um espaço público plural e uma democracia atenta às vozes de todos os cidadãos.

Palavras-chave: Secularização. Sociedade pós-secular. Teoria do Agir Comunicativo. Jürgen Habermas. Democracia deliberativa.

INTRODUCTION

Modernity, as a historical process, arose mainly as a result of two major events: the Protestant Reformation and the Enlightenment. In fact, both movements, notably for their rationalizing dimension, were legitimately responsible for the consolidation of Capitalism, which emerged from the 18th century onwards, and since then, has regulated not only the organization of the State and the means of production, as well as the "way of life" of Western man in its most varied aspects.

In this way, even though "puritan asceticism" was the cradle of "disenchantment of the world", what initially represented the abandonment of "mysticism" by methodical and systematically ordered daily *praxis*[1], became – due to scientific progress –, a *locus* of hostility to religions, which came to be seen as an obstacle to full human and intellectual development.

Thus, "the general result of the modern way of totally rationalizing the conception of the world and the way of life, theoretically and practically, intentionally, was to move religion to the world of the irrational"[2], thus establishing the supremacy of science as the only instance capable of leading man to "truth" and "progress". For no other reason, as this breakthrough conditioned the possibilities of man's emancipation, strong criticism was also established, mainly due to the work of Karl Marx[3], who at that time had already realized how economic rationalization alienated the proletariat and enriched ruling classes, in what he called "surplus value".

---

1 WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo.* Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

2 WEBER, Max. Rejeições Religiosas do Mundo e Suas Direções. *In:* GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (org.). *Ensaios de Sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 324.

3 MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos.* Tradução de Jesus Raniere. São Paulo: Boitempo, 2004.

Following the same ideals and deepening Marxist criticism, in the middle of the 20th century, the Frankfurt School emerged, with the main focus being the necessity to overcome the discomfort caused by failed communist experiences, as well as to offer answers to new social demands, hitherto unknown to traditional Marxist theory. Among their representatives, Theodor Adorno and Max Horkheimer stand out, especially for the joint work "Dialectic of Enlightenment", in which the authors discuss the ideological repression caused by the advancement of technique in contemporary societies[4].

Currently, Jürgen Habermas is the main and most influential heir to the thought initiated by the Frankfurt School, although this title is often questioned[5], given the increasing distance of his philosophy from the main ideals proclaimed by the first generation of Frankfurt School theorists, especially for the theses defended in "*Faktizität und Geltung*"[6], in which Habermas abandons part of the tradition left by his predecessors, when conceiving Law as a mediating agent of the dialogism between "system" and "lifeworld", dethroning the old Marxist-Frankfurt vision of Law as a rational instrument of domination. On the other hand, Habermas went through the last millennium as one of the most important living intellectuals, having as characteristic marks, the capillarity of his work and the complexity of his thinking.

Starting with his sociological clarifications, in which he identifies the "colonization of the lifeworld" as a prevalent pathology in the contemporary societies, Habermas' final reflections focus on another phenomenon: the increasingly latent rise of religions on a global scale, especially, the tensions caused by this outbreak in the public sphere. In an era where two opposing tendencies seek to demarcate their spaces – on the one hand, the proliferation of naturalistic world images (science) and, on the other, the increasingly latent rise of religious bodies of power[7] –, "Secularization continues to be dominated by ambivalent feelings"[8], which Habermas wedges in the form of a modernity with Janus' head.

In this context, seeking a balance point, the Habermasian proposal of "post-secular society" and "deliberative democracy", appear as a potential conciliating agent. According to Habermas, there are potential contents of truth, of common good and of humanity in religious semantics that are of interest to an increasingly

---

4 ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

5 HADDAD, Fernando. Habermas: herdeiro de Frankfurt. *Novos Estudos CEBRAP*, 1997, v. 48.

6 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

7 HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

8 HABERMAS, Jürgen. *Fé e Saber*. Tradução de Fernando Costa Mattos. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 3-4.

selfish and individualistic society. Furthermore, to deny religious knowledge in the genealogy of reason would be to deny reason itself, which historically has been under the strong influence of metaphysical thought, since the forms of modern consciousness, such as abstract law, scientific method and autonomous art, "*no se hubieran desarrollando sin las formas organizativas del cristianismo helenizado y de La Iglesia romana, sin las universidades, monasterios y categrales*"[9]. Likewise, the universal categories of human rights, as well as the ideas of freedom, solidarity and democracy are directly inherited from the Jewish ethics of justice and the Christian ethics of love[10]. Habermas himself would have admitted that part of his theoretical elaborations stem, to a large extent, from a certain theological background: "I would not be opposed if someone said that my understanding of language and understanding-oriented communicative action feeds itself on the Christian heritage. [...] The proof that there is a relationship between my theory and a theological heritage does not bother me"[11].

Thus, in view of the Habermasian attempt to think about the conflictive relations between the sacred and the profane in the context of modern societies, this article proposes a critical reformulation of the concept of secularism, taking as a starting point the theoretical model of a "post-secular society" and the political outlines of a "deliberative democracy", through bibliographic research and using the hypothetical-deductive method as proposed by Karl Popper.

In this article we seek to investigate to what extent Habermas' proposal that religion can no longer be fought as an evil to be repelled and imprisoned inside the intimate sphere of individuals, adapting its presence in the public space through legitimate contributions to the deliberative process, can constitute itself as an adequate model to the Brazilian reality, verifying its limits and possibilities.

For this purpose, we articulate the readings made by Alessandro Pinzani and Julio Zabatieiro about the feasibility of the Habermas project, especially considering the application of the paradigm to the Brazilian case. Finally, we conclude with an overview of the main points of discussion, demonstrating that despite the criticisms, the model of "post-secular society" and "deliberative democracy" presented by Habermas, undoubtedly represent what Kant[12] – with enthusiasm – would refer to as "a moral disposition in the human race" in founding a plural and more tolerant community.

---

9 HABERMAS, Jürgen. *Israel o Atenas:* ensayos sobre religión, teologia y racionalidad. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 184.

10 *Ibidem*, p. 185-185.

11 HABERMAS, Jürgen. *Era das transições.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 211-212.

12 KANT, Immanuel. *O Conflito das Faculdades.* Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1993, p. 102.

BRIEF EXPLANATORY NOTES ON HABERMASIAN THINKING: FROM THE "LINGUISTIC TURN" TO THE "POST-SECULAR SOCIETY"

Focused on the task of bringing out from modernity the missing link with the "original Enlightenment project"[13] – in opposition to the diagnosis of his predecessors, who saw modernity as a perverse engine of castration of human freedom, due to the instrumentalization by technique[14] – Habermas found in "Reason" – not that "Reason" subject of criticism at the Frankfurt School, but what he called "communicative rationality" – the key to man's emancipation.

After the "*linguistic turn*", Habermas adopted language as a parameter of rationality, replacing the old notion of the philosophy of consciousness, that is, "the relation of a lone subject with something in the objective world, which can be represented and manipulated"[15], by the communicative paradigm, "the inter-subjective relation that subjects capable of language and action establish when they apprehend something"[16]. It is in this way that Habermas "finds in the communicative action of the participants in a linguistically mediated interaction the only way to escape that objective attitude that an isolated subject assumes in relation to the world"[17].

The idea that an action refers only to objective interventions in the world of things is amplified by Habermas and also includes social interactions – the relations formed through communication[18]. As the author explains, we also act when we speak. In a wedding ceremony, for example, when one of the spouses says "I do", he is assuming a performative attitude, that is: when expressing that he accepts the marrriage, the individual is not declaring or describing any situation, on the contrary, he is performing an action, the action of getting married, which takes shape from speech. For this reason, it is said that the notion of "communicative action" is linked to the search for illocutionary ends[19], "The performance of an *act while saying something*, as opposed to the performance of an *act of merely saying something* [the locutionary acts]"[20].

---

13 FREITAG, Bárbara. Habermas e a teoria da modernidade. *Caderno CRH*, 1995, v. 8, n. 22, p. 161.

14 HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1987.

15 HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa I:* Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1987, p. 499.

16 *Ibidem*.

17 HADDAD, Fernando. Dialética Positiva: de Mead a Habermas. *Lua Nova*. São Paulo, 2003, n. 59, p. 101.

18 REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de Teoria Crítica. *In:* NOBRE, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus, 2006, p. 166.

19 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 20.

20 AUSTIN, John Langshaw. *Quando Dizer é Fazer:* palavras e ação. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, p. 89.

However, in the same way that the concept of "action" should not be seen in a restricted way, the idea of "communication" also needs to be understood from a broader perspective[21]. Communicative reason allows the subjects an interaction to be able to reach a rationally motivated consensus[22]. We act when we speak, and when we speak we raise claims of validity. In this way, whenever we enunciate something, even if it goes unnoticed, an expectation of acceptance of that speech is automatically created by the other participant in the dialogue[23]. Thus, if I refer to a fact (objective world), I raise the claim that it is true; if I refer to a conduct (social world), I raise the claim that it is correct; and if I refer to a personal experience, I raise the claim that it is honest (subjective world)[24]. From the Habermasian point of view, each of these criteria (validity, rightness and authenticity) are universal, that is, they apply to any statement.

It happens that if, on the one hand, these claims are simultaneously raised, on the other hand, they need to be justified, because only through the argumentative game, the presentation of "good reasons", the validity claims raised by the subjects can be accepted as credible, correct and authentic by the other participants in the interaction[25].

With this, Habermas observes that modernity not only awakened this "instrumental rationality", as a result of the Weberian "rationalization process"[26], but also the "communicative rationality", as a result of the "cultural modernization" process"[27], which allowed the author not only to rethink the project of a modernity that was lost along the way, but also to envision new horizons for the tensions and conflicts of the contemporary world.

In 2001, a few weeks after 9/11, Habermas was awarded the Peace Prize granted by the German Publishers and Booksellers' Association, when he delivered the speech "*Glauben und Wissen*", later turned into a book: "Faith and Knowledge". At that time, Habermas promoted a transition within his own philosophical trajectory, presenting for the first time the concept of "post-secular society". Later, in 2004, at an event promoted by the Catholic Academy of

---

21 REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de Teoria Crítica. *In:* NOBRE, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus, 2006, p. 166.

22 HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

23 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa:* a Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2016, p. 31.

24 HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa I:* Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1987, p. 144.

25 *Ibidem*, p. 42-43.

26 HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade:* doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

27 FREITAG, Bárbara. Habermas e a teoria da modernidade. *Caderno CRH*, 1995, v. 8, n. 22, p. 142-143.

Bavaria, Habermas met the then Prefect of the Vatican's Congregation for the Doctrine of the Faith, Cardinal Joseph Ratzinger, who would later be elected Pontifex Maximus of the Roman Church, under the code name of Pope Benedict XVI. From this meeting, the work "The Dialectic of Secularization" was published. Finally, in 2005, Habermas launched the German version of "Between Naturalism and Religion", the highlight of his reflections on this theme, bringing together not only the text previously published in "The Dialectic of Secularization", but also other unpublished writings.

This new phase of Habermasian thought, inaugurated after the 2000s, totally distant from the young Marxist Habermas, demonstrates the author's concerns about the expressiveness of religions in modern societies, which even after an intense "process of secularization" continued to grow politically- and demographically. In order to find an explanation for this duel of titans, Habermas proceeds to an examination of what "secularization" was, pointing out the flaws along its course and proposing a reinterpretation of the secular model, with a view to changing mentality about what has crystallized in the modern common sense.

According to our author, "secularization" initially acquired a legal sense of transferring the assets of the church to the State, having then taken overpowering proportions, replacing a traditional way of life, to an environment dominated by the "rationalizing" forces of science[28]. Thus, "secularization" can both represent the progress of a disenchanted modernity (from the sociological perspective), as well as the failure of helpless modernity (the legal focus)[29]. In any case, Habermas is emphatic in stating that both interpretations make the same mistake, in considering "secularization" a zero-sum game, "between, on the one hand, the productive forces of science and technology, emanating from capitalism and, on the other, the conservative powers of religion and the Church"[30], where the victory of one would mean the defeat of the other and *vice versa*.

In this perspective, Habermas fights for a process of self-reflection, both in the religious standpoint of renunciation of absolute truths, and in the scientific standpoint of openness to possible truth contents contained in religious knowledge. For him, in a "post-secular society", religion can no longer be fought as an evil to be repelled and imprisoned inside the intimate sphere of individuals, it is necessary to accept religious permanence in the contemporary world, adapting its presence in the public space and allowing legitimate contributions to the deliberative process, points on which we will address in the coming chapters.

---

28 HABERMAS, Jürgen. *Fé e Saber*. Tradução de Fernando Costa Mattos. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 5.

29 *Ibidem*, p. 5-6.

30 *Ibidem*, p. 5.

DELIBERATIVE DEMOCRACY AS A MEETING POINT FOR A LEGITIMATE LEGAL ORDER

In his theory of society, Habermas makes a division between "lifeworld" and "system". For our author, society in a macro sense understands these two components as a backdrop for relations. The "lifeworld" is the space of traditions and experiences, "that part of everyday social life in which' the obvious' [language, customs, beliefs...] is reflected, what it has always been, the unquestioned"[31], here, individuals feed on the influx provided by communicative rationality, through which symbolic structures (culture, society and personality) reproduce[32]. As the author states:

> The lifeworld is structured through cultural traditions, institutional orders and identities created through socialization processes. Therefore, it does not constitute an organization to which individuals belong as members, nor an association to which they integrate, nor a collectivity composed of similar members. The everyday communicative practice on which the lifeworld is centered feeds on a joint game resulting from cultural reproduction, social integration and socialization, and this game is in turn centered on this practice (**our translation**)[33].

The system, in turn, is geared towards a dynamic of material reproduction, and disregards the communicative forms of the "lifeworld", being integrated by money (economic subsystem) and power (bureaucratic subsystem), which is why relations are mediated with a view to achieving success (instrumental and strategic rationality), whether economic success or political success[34].

Through this differentiation, Habermas identifies an increasing penetration of the systemic integration mode in the spaces of social integration, a pathology that he calls "colonization of the lifeworld". Thus, as "delinguisticized" means (money and power) penetrate the structure of the "lifeworld", solidarity gives way to an instrumentalization of social relations, which ceases to be mediated by communicative reason and starts to adopt strategic rationality as a background[35].

In view of the weakening of social solidarity, through the tension between facticity and validity that exists in modern Law, Habermas credits the lawful

---

31 FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica ontem e hoje.* São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 141.

32 HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa II:* Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1987, p. 196.

33 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 100.

34 HABERMAS, Jürgen, *op. cit*., p. 271-273.

35 *Ibidem*, p. 437-438.

process with the only way to combat "systemic colonization". For our author, the Law has the capacity to be recognized both on the side of the "lifeworld", in the situation where citizens moved by communicative rationality legitimize the norm, and on the side of the "system", where the Law is respected by an imposing criterion, of which actors driven by strategic rationality have to take into account in their action plans[36].

However, for Law to exercise its integrative capacity and at the same time act as an obstacle to systemic penetration into the lifeworld, the normative construction must be legitimate, that is,

> only legal laws capable of finding the assent of all legal partners can legitimate validity, in a legal process of discursive standardization. The principle of democracy explains, in other terms, the performative sense of the practice of self-determination of members of the law who recognize each other as equal and free members of a freely established association (**our translation**)[37].

A "deliberative democracy" must guarantee, therefore, the private autonomy of individuals, in the sense of recognizing their self-determination as an actor in the democratic process, while it must enable public autonomy, as the result of the consensus obtained around the best argument[38]. In this way, the Law will only be legitimate "if the total addressees of the legal rules can also be considered as rational authors of those rules"[39].

In this scenario, Habermas sees the need to include religious citizens in the deliberative process, first because the State must respect the development and personal aspirations of the believers, and then, as devoted to a classic view of civil liberties, "the opinions of every citizen must be respected", and this necessarily includes the religious citizens[40]. To this end, in order to enable the participation of these nuclei in the context of secularized societies, Habermas proposes the idea of State neutrality in opposition to the current secular model.

According to the author, secularism cannot acquire a restricted connotation of exclusion of religious views from the public environment, first because "the liberal state cannot transform the required institutional separation between religion and politics into an unbearable mental and psychological burden for its

---

36 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

37 *Ibidem*, p. 195.

38 HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação:* ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 325-326.

39 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 54.

40 PORTIER, Philippe. Religion and democracy in the thought of Jürgen Habermas. *Cuture and Society*, 2011, v. 48, n. 5, p. 428.

religious citizens"[41], later reinforcing his argument about the insufficiencies of technical rationality, as Habermas postulates that "the Holy Scriptures and religious traditions contain intuitions about the lack of morals and salvation, about the redeeming salvation of a life experimented without redeeming, which are maintained and have been subtly interpreted for millennia"[42]. In this sense, "it is possible to suppose that in the life of communities or in religious communities that avoid rigid dogmatism and the constraint of consciousness, something that has already been lost elsewhere remains intact, and that it cannot be restored only by the professional knowledge of specialists"[43]. Precisely, Habermas reports these potential truth contents contained in religious semantics to the capacity to "develop inspiring force for the whole society[44], being, in any case, "an important resource for creating meaning also for citizens who do not believe or have other beliefs"[45]. On that, defending the writings of Hegel, Habermas affirms:

> The great religions are an integral part of the very history of reason. Post-metaphysical thinking could not arrive at an adequate understanding of itself if it did not include metaphysical and religious traditions in its genealogy. According to this premise, it would be irrational to put aside these "strong" traditions for considering them an archaic residue. [...] Up to the present, religious traditions have managed to articulate awareness of what is missing. They keep the sensitivity alive to what has failed them. They preserve in our memory dimensions of our personal and social life, in which the progress of social and cultural rationalization has caused irreparable damage. What reason would prevent them from continuing to maintain potential encrypted semantics capable of developing inspiring strength – after being poured into profane truths and foundational discourses? (**our translation**)[46].

What Habermas wants to emphasize is that neither a naturalist view nor a religious view enjoys prerogatives in the public space[47]. The State must remain neutral in relation to worldviews, without this implying that it is closed to possible contributions from both sides. However, as he makes clear, "although they do not undergo censorship in the public political sphere, religious contributions still depend on cooperative work on translation". Since political decisions emanate from public rationale, when entering the institutional sphere, the contents

---

41 HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 147.
42 *Ibidem*, p. 125.
43 *Ibidem*.
44 *Ibidem*, p. 162.
45 PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 120.
46 HABERMAS, Jürgen, *op. cit*., p. 13-14.
47 *Ibidem*, p. 128.

of religious voices need to assume a "language accessible to all". It is necessary to warn, however, that the filter of the Habermasian "translation" is not the same Rawlsian "proviso", according to which the religious citizens should promote a split between their "political self" and their "religious self", which Habermas understands as being an excessive imposition:

> Against such a demand [Rawlsian proviso] it is objected that many religious citizens could not achieve such an artificial division of their own conscience without putting their own devoted existence into play. It is necessary to make a distinction between such an objection and the empirical observation, according to which, many citizens who take positions on political issues, taking a religious perspective, do not have enough ideas or knowledge to find secular foundations regardless of their authentic beliefs. [...] Because the devoted person sees his existence stemming from faith. And true faith is not only doctrine, a content in which one believes, but also a source of energy from which the believer's entire life is nourished (**our translation**)[48].

On the other hand, Habermas admits that a requirement of this nature would be acceptable when demanded from "politicians who assume a public mandate or run for them and that, for this reason, they are obliged to adopt neutrality regarding worldviews"[49]. In any case, "in order not to lose the truth contents of religious expressions, it is necessary, [...] that the translation has already taken place before, in the pre-parliamentary space, that is, in the political public sphere itself"[50], making it possible to guarantee the effective participation of religious citizens and at the same time maintaining the neutral character of the State and the content of political decisions. It is also emphasized that the process of "translation", so that it does not result in disproportionate asymmetries to what religious and non-religious citizens are obliged to do, must be carried out through the cooperation of all those involved, whether they are believers or non-believers. In this way, more than a burden attributed to the religious ones, the process of "translation" assumes that non-religious individuals will remain opened to the perception of religious rationale, even though at that moment this rationale might be, in itself, incompatible with public language.

In short, Habermas affirms that "*the alliance of agnostic reason (provided it espouses solidarity) and reason animated by belief (provided it does justice to reason) must be combined to re-civilize the world*"[51]. Religious and secular citizens must

---

48 *Ibidem*, p. 145.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*, p. 149.

51 PORTIER, Philippe. Religion and democracy in the thought of Jürgen Habermas. *Culture and Society*, 2011, v. 48, n. 5, p. 426-432.

therefore go through "complementary learning processes"[52], in order to build together a democratic and tolerant space, which can lead to both the critical overcoming of religious fundamentalism and militant secularism, both based on mistaken premises about the roles to be played by religion and science in the daily and institutional sphere. In an era when conflicts between "faith" and "reason" obscure the debate of ideas and mutual contributions, "Habermas' position on the role of religion in the public sphere can be seen as an invitation to prudence and mutual understanding – and most likely, this is how he wanted this position to be understood"[53].

Despite this, it is known that the *Religionstheorie* of Habermas contrasts with a series of criticisms of the practical feasibility of the proposal. In Brazil, where Habermasian thought gradually spreads – at least among intellectuals and academics -, the reality of a country with a large mass of religious citizens, is faced with the growth of reactionary religious groups, which with great power of influence in the media and politics brings suspicion on social movements and underprivileged sectors (i.e. homosexuals), including minority religious groups, such as spiritualists and believers of religions of African origin, who watch the colossal rise of evangelicals and protestants to the executive and legislative power[54].

In addition, not only the peculiarities of the Brazilian political environment hinder the implementation of Habermas' proposal, there have also been some theoretical contradictions, to which confrontation is shown to be necessary, for a better and correct definition of roles between religious and non-religious citizens in the context their respective public performances. About some of these alleged inconsistencies in Habermasian thought, we draw attention to the positions defended by the theologian Julio Zabatieiro and by the philosopher Alessandro Pinzani, who analyze, each in their own way, the (a)symmetry of the burdens that believers and non-believers must bear entering the public space. We will discuss this in the topic that follows.

WITH HABERMAS, AGAINST HABERMAS: THE CRITICAL CONTRIBUTIONS OF JULIO ZABATIEIRO AND ALESSANDO PINZANI

If there is an isonomy between worldviews, why is secular language considered universal and religious language needs to be translated? Furthermore,

---

52 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 158.

53 PINZANI, Alessandro, *op. cit.*, p. 121.

54 CORREIA, Raique Lucas de Jesus; GAMA, Marta; FERREIRA, Fernanda Busanello. Na fissura entre laicidade e democracia no legislativo brasileiro: um olhar sobre a PEC 99/2011 através do horizonte teórico habermasiano. *Diálogos Possíveis*. Salvador, mar. 2020, v. 18, n. 3.

since secularism is a worldview, why does it take precedence over a devotional view? Finally, if religious reasons are valid, why should they be left out of institutional discussion agendas?[55] Starting from these guiding questions, Zabatiero tries to construct with Habermas and at the same time against Habermas, the answers to such questions. At first, he says that Habermas tries to nuance the dualism between religion and politics[56], when he notes that:

> The liberal State has, of course, an interest in the freedom of religious voices within the sphere of the public political sphere, as well as in the political participation of religious organizations. It cannot discourage believers or religious communities from speaking out as well, as such, in a political way, because it cannot know beforehand whether the prohibition of such manifestations is at the same time depriving society of important resources to the creation of meaning[57].

Despite this, as we saw earlier and as recalled by Zabatiero, Habermas does not give up the "institutional translation", however, he intends to equalize the unequal burdens between believing and non-believing citizens, when considering the participation of non-religious citizens as helpers of the religious ones in the process of translation[58]. Furthermore, "such a burden [that of translation] is offset by the normative expectation, according to which secular citizens open themselves to a possible truth content of religious contributions and enter into dialogues in which religious reasons may, eventually, appear as accessible arguments in general"[59].

Unconvinced, Zabatiero insists that although Habermas tries to demonstrate such a weight distribution as politically symmetrical, they are epistemically unequal[60]. About this, Habermas understands that such epistemic asymmetry "is the result of a learning process in the lifeworld and not of a possible non--neutrality of the State in relation to religion"[61]. For Habermas, since the time of the Reformation and the Enlightenment, the challenges posed by modernity, namely: the proliferation of various faith segments, the constitution of positive laws and an unholy moral and the development of modern sciences, have led to real change in the religious consciousness, that "under such aspects, [was forced]

---

55 ZABATIERO, Júlio Paulo Tavares. A religião e a esfera pública. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, 2008, n. 12, p. 147.

56 *Ibidem*.

57 HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 148.

58 *Ibidem*, p. 149.

59 *Ibidem*, p. 149-150.

60 ZABATIEIRO, Júlio Paulo Tavares, *op. cit.*, p. 148.

61 *Ibidem*.

to process cognitive dissonances that are not posed to secular citizens or that are posed only when they also follow doctrines found in dogmas"[62].

As if dissatisfied, Habermas also offers a review of the concept of secularism, which, despite the fact that Zabatiero might argue that it lacks boldness, reveals a cognitive weight that is also imposed on non-believing citizens[63].

> From the historical point of view, religious citizens had to learn to adopt epistemic approaches in relation to their secular environment, which are assumed without any effort by secular citizens. In this sense, they are not exposed to similar cognitive dissonances. Even so, they are unable to escape entirely from a cognitive burden, since a secularist consciousness is not enough for dealing cooperatively with religious fellow citizens (**our translation**)[64].

Furthermore, it is worth emphasizing that this cognitive adaptation does not refer only to an attitude of mere tolerance of secular citizens towards religious citizens, after all, a respectful posture in dealing with the other is something implicit in intersubjective relations; it is, indeed, something deeper, "from the self-reflexive overcoming of a self-comprehension of modernity, exclusive and impaired, in secularist terms"[65]. Thus, given the inability of communicative reason to supply all aspects of social life that depend, in any case, on the religious foundation, "as long as [post-metaphysical thinking] does not find better words, inside argumentative speech, to characterize what religion knows better how to explain, it will soberly coexist with it"[66], knowing, by all means, the demarcations and limits that separate them.

Accordingly, under this, Habermas proposes a complementary learning process, in which both secular and religious citizens, accept injunctions that revoke an absolutist view of the world. Religious people must be able to contribute publicly, respecting the precedence of secular arguments and the institutional translation clause, while secular citizens need to adapt to a post-secular society "epistemologically tuned" to the survival of religions, so as not to overview faith as irrational[67]. In this sense,

> post-metaphysical thinking takes on a double attitude towards religion, since it is agnostic and is, at the same time, willing to learn. It insists on

---

62 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.,* p. 155.
63 ZABATIEIRO, Júlio Paulo Tavares, *op. cit.,* p. 149.
64 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.,* p. 157.
65 *Ibidem.*
66 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 181.
67 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 158.

> the difference between certainties of faith and contestable claims of validity, in public; however, it refrains from adopting a rationalist presumption, which could lead one to presume what is rational and what is not, in religious doctrines. However, the contents to which reason takes ownership by translation do not necessarily constitute a loss for faith[68].

Therefore, returning to the problem of asymmetry between believing and non-believing citizens, Habermas endorses that the burden of both sides is, indeed, symmetrical[69], on which he affirms:

> The philosophical recapitulation of the genealogy of reason clearly plays a similar role for a self-refl ection of secularism as the reconstructive work of theology plays for the self-refl ection of religious faith in the modern world. The effort of philosophical reconstruction required shows that the role of democratic citizenship assumes a mentality on the part of secular citizens that is no less demanding than the corresponding mentality of their religious counterparts. This is why the cognitive burdens imposed on both sides by the acquisition of the appropriate epistemic attitudes are not at all asymmetrical[70].

Even with all his efforts, according to Zabatiero, the epistemic asymmetry cannot be overcome by the German philosopher, since as can be seen from the above-mentioned page "religion is inevitably below the possibilities of the exercise of rationality, except when it positively incorporates the rationalization promoted by the secularization of modern western societies"[71].

Conversely, Alessandro Pinzani disagrees that there is a disproportion in the cognitive demands made on religious citizens compared to non-believers; on the contrary, according to Pinzani, if there is any asymmetry, this is in favor of the believers, "since in our societies it seems to be the prevailing view that the appeal to religious belief itself justifies many things that are otherwise unacceptable (and in fact not tolerated in the case of non-believers or non-religious institutions)"[72].

According to the Brazilian philosopher, the notion of moral autonomy is linked to two assumptions: i) when a subject becomes capable of living according to one's project of good life, ii) when one is able to recognize in himself

---

68 *Ibidem*, p. 162.

69 ZABATIEIRO, Júlio Paulo Tavares, *op. cit.,* p. 151.

70 HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo y Religión.* Barcelona: Paidós, 2006, p. 151.

71 ZABATIEIRO, Júlio Paulo Tavares, *op. cit.,* p. 151.

72 PINZANI, Alessandro. Fé e Saber? Sobre alguns mal-entendidos relativos a Habermas e à Religião. In: PINZANI, Alessandro; LIMA, Clóvis M. de; DUTRA, Delamar V. (org.). *O pensamento vivo de Habermas:* uma visão interdisciplinar. Florianópolis: Nefipo, 2009, p. 225.

and in others their respective rights and duties. In these conditions, the individual may have a greater degree of moral autonomy, i) the more he develops his own particular project of a good life, regardless of the models available by the nearest environment, ii) the more he recognizes in himself and in others their respective rights and duties on universal criteria and not just local or social criteria. Thus, while in the first case, i) the subject provides an expansion of moral autonomy per se, and in the second case, ii) it also has consequences for others[73]. Therefore,

> an individual capable of imagining life models condemned by their closest social environment (i.e. a gay man from a homophobic family who decides to assume his homosexuality and move to the gay neighborhood of a large city) increases his chances of living a good life; an individual who starts to consider other individuals in a different way than the one in which their environment considers them and gives them more rights (for example, a brother of the aforementioned gay person who henceforth considers a life choice like his brother's morally legitimate and attributes gay people the rights that other family members still deny them), contributes to creating a more favorable environment for these other individuals and for their life plans (**our translation**)[74].

Most of the time, as Pinzani points out, in general, religious institutions end up preventing the free development of the moral autonomy of those who, by chance, do not follow the life model offered by their sacred booklets and manuals. For this reason, Pinzani affirms that such institutions, when publicly taking "authoritarian" attitudes of denying or impeding the moral autonomy of individuals, should not have their arguments accepted in the public space, after all, when they assume these positions, they end up "denying the irrevocable assumption that allows us all to speak in [one] minimally fair liberal society"[75].

As an example, Pinzani cites the Catholic Church and its judgment on same-sex marriage. In positioning itself against the legal regulation of "gay marriage", the Catholic Church mentions that the homosexual relationship would be "intrinsically deranged", an argument that was, in principle, translated, as after all, there is no mention of the explicit prohibition that the scriptures make about homosexuals, like some lines in the book of Leviticus[76]. For Pinzani, however, this argument is based "(1) on a certain idea of human nature inspired by the biblical view that God created the human being as a man and created the woman

---

[73] *Ibidem*, p. 220.
[74] *Ibidem*.
[75] *Ibidem*.
[76] *Ibidem*, p. 221-222.

for the purpose of procreation and (2) on the conviction that this vision is unquestionably true"[77].

Furthermore, the Church makes use of a second argument, the idea that "gay marriage" would violate the sensitivity of Christians, an argument that to Pinzani sounds "particularly interesting because it is apparently in line with Habermas' position on the alleged sacrifices of believers in secular society "[78], another "interesting case of 'translation' in political terms of non-public beliefs, since the appeal is not directly for a given religious type of argument ('God does not want')"[79].

It turns out that, in Pinzani's opinion, the fact that the Church does not consider the moral autonomy of homosexuals, denying the possibility of developing their life plans, should be sufficient enough to prevent the inclusion of this argument in the debate, something defended by Rawls, however disagreeing with Habermas, since for this author, "such arguments can be legitimately introduced into the public debate, but they should not be accepted as valid"[80], which according to Pinzani, places the question of acceptability and validity of arguments in a very dramatic environment, above all, with regard to religious beliefs[81].

Returning to the proposed example, Pinzani states that religions are not willing "to give up their moral convictions by allowing life models that they consider immoral and condemnable to be not only tolerated, but even supported by society, as in the case of 'marriage gay'"[82], but are very much far from it, since most of the time their positions are always irreducible and non-negotiable[83].

Based on this assumption, since religious organizations would not be willing to relativize their positions, on the contrary, they try in every way to impose what they have as the absolute truth – which is manifested in the case of same-sex marriage, for example, in which the Catholic Church intends to force its vision, but in no time seeks to follow the opposite path, of revising the ecclesiastical conception of homosexuality – as "an asymmetry emerges between believers and non-believers, but not in the direction imagined by Habermas"[84], in truth,

> while non-believers accept that believers can follow their beliefs and live their lives according to the latter, believers often do not accept that

---

77 *Ibidem*, p. 222.
78 *Ibidem*.
79 *Ibidem*.
80 *Ibidem*, p. 223.
81 *Ibidem*.
82 *Ibidem*.
83 *Ibidem*.
84 *Ibidem*, p. 223-224.

> non-believers can also live according to models that their religious belief considers unacceptable or immoral and therefore try to prevent it. Apart from the extreme cases of State atheism in countries that were (or are) totalitarian and repress individual freedoms in general (and not just freedom of belief), such as the Soviet Union or North Korea, there was never a case of non-believers or atheists forbidding believers to live their religion freely (when it did not imply unacceptable violations of individual rights, such as human sacrifices or mutilations of the believers) (**our translation**)[85].

Precisely for this reason, Pinzani attests that there is no asymmetry in the demands made by Habermas to believers and non-believers, since both the atheist and the religious are forced to renounce their respective comprehensive worldviews when entering the public arena. Thus, an atheist could not intend, if it were the case, for the State to consider its religious citizens unfit because they believe that religion is a superstition and, therefore, the exercise of faith would be an act of ignorance or precariousness, given that such a position would violate the moral autonomy of the religious citizens[86]. For Pinzani, therefore, all these positions are indefensible, as they violate the moral autonomy of individuals to carry out their personal projects, so that for him there is no greater sacrifice for the believer than for the atheist, since both must renounce a totalitarian worldview. In fact, as the author confirms, if there is any asymmetry as Habermas defends, this asymmetry would be in favor of the religious citizens[87], as it can be observed in the following situations:

> from the practice of the conscientious objection in the case of public health doctors who refuse to practice abortions (when it is permitted by law) to that of exemption from active military service at war (as in the case of Quakers and other sects in the USA), of the discrimination in the workplace (in almost all countries a confessional educational institution has the right to fire employees whose lifestyle is not in accordance with its official religious doctrine), to the expression of offensive opinions and prejudice (such as the aforementioned definition of homosexuality as an "intrinsically deranged" behavior, or the freedom to publicly call doctors who legally practice abortion or euthanasia murderers) (**our translation**)[88].

In our view, the contributions of Zabatiero and Pinzani cooperate with a broader (and more Brazilian) look at the issue. It is true that both adopt different

---

85 *Ibidem*, p. 224.
86 *Ibidem*, p. 224-225.
87 *Ibidem*, p. 225.
88 *Ibidem*, p. 225-226.

perspectives and to some extent conflicting ones. However, a complex society cannot be reduced to any Manichaeism and, in the Brazilian case, for example, Zabatiero's concerns proceed, as when the arguments of religious entities in the the ADPF 54[89] trial were scorned in favor of scientific contributions[90]; as for Pinzani, with the aforementioned example being enough to exemplify his claims, which are not limited to the Catholics, as it is noted a recent evangelical campaign against the criminalization of homophobia.

Some affirm, as is the case with Henrique Brum[91], that the theoretical panorama of Habermas does not apply to Brazil, in short, due to two difficulties. The first, of a historical nature, considers that Brazil could not advance to a "post-secularization" model, since a society can only become "post-secular" after having gone through a process of loosening the bonds between the State and religion, hence the astonishment at the fact that religion reappeared in public life, even in the face of an intense secularization and rationalization of world images. It is true that with the Proclamation of the Republic the Catholic Church ceased to be the official religion of the Brazilian State and that the principle of secularism was embodied as a constitutional commandment, however, it cannot be excused, and this seems to be a reasonable argument, that, throughout the republican period, religion never lost its role as an influential institution of national life, perhaps only outside the world of universities, but it is a fact that Brazil has never ceased to be a "country of religious people". Furthermore, while in the European quarters, a religious minority faces an agnostic majority, in our case, the numbers are reversed, there is a minority of non-believers that faces a religious majority.

Given this scenario, according to Brum, "in order to avoid, in Brazil, the exclusion of the secular minority, the solution (curious, to say the least) seems to be to reverse the *translation proviso*, translating secular arguments into a religious language in a public sphere dominated by religious discourse (and that has no prediction or intention to secularize)"[92]. Furthermore, while Habermas situates the question of "translation" taking into account only the Judeo-Christian tradition, how to provide "translation" in front of a myriad of other doctrinal systems, such as, for example, indigenous religions and religions of African origin? There are no foundations or parameters in Habermas' theory that address

---

89 N.T. In Portuguese, ADPF stands for Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Claim of Non-compliance with a Fundamental (constitutional) Precept, under the Federal Supreme Court, Supremo Tribunal Federal (STF).

90 CORREIA, Raique Lucas de Jesus; GAMA, Marta. As duas faces de Jano: o eclesiástico e o secular na ADPF 54 à luz da filosofia de Jürgen Habermas. *Diálogos Possíveis*, 2018, v. 17, n. 1.

91 BRUM, Henrique. Sobre Habermas e a religião na esfera pública no caso brasileiro. *Lex Humana*, 2015, v. 7, n. 1, p. 79-100.

92 *Ibidem*, p. 95.

this issue, since the archetype of society imagined by Habermas is clearly not Brazil, as he is a German author speaking to his compatriots.

The second difficulty, of practical nature, "is related to the ultimate reason why Habermas relies on mutual understanding between secular and religious citizens: the common origins of faith and knowledge in the Axial Era and their mutual influence in the constitution of the so-called 'secular reason'"[93]. Once again, Habermas focuses on justifying the Judeo-Christian influence in the construction of Western rationality, from which he discovers a series of mutual connections between the profane knowledge of modernity and the Catholic and Protestant heritage that culminated in its origin. It is from these affinities that Habermas emphasizes the possibility of reciprocal learning between "faith" and "reason", as much as they already share a common past. The same does not apply to native religions that were not part of the Axial Era and, therefore, there would be no point of convergence between them that could anchor the foundations used by Habermas to justify such a dialogue in the public sphere.

All these considerations, to a greater or lesser extent, hinder and, we could even say, invalidate, an unrestricted application of the Habermasian model to the Brazilian context. However, as Brum points out, "the fact that dialogue and mutual learning are not possible for the reasons given by Habermas does not imply that they are not possible for other reasons"[94]. Perhaps, the solution is, therefore, not necessarily in a new theoretical model, but in the critique and local adjustments that are made to the existing models, an easier and apparently more productive path. However, nothing prevents a theory of Brazilian law that is inclined to a new normative horizon that contemplates religious dynamics, something that certainly stimulates a "decolonizing" perspective of the country's legal philosophical thinking. If, on the one hand, Habermas does not fully serve us, on the other hand, the original way in which he faced this issue, is still a useful starting point for dealing with a topic as complex and heterogeneous as this one.

FINAL CONSIDERATIONS

The Habermasian revision of the concept of laicity and its project of "post--secular society", recognizing the potential truth contents existing in religious semantics, their permanence and the need to incorporate these groups in decision--making spaces, not only breaks with the "theoretical common sense " of State purification from any religious influences, as it innovates towards a more inclusive and participative democracy. In the end, Habermas seeks a balance point, rejects totalizing stances and strives for the exchange of knowledge between

---

93 *Ibidem*, p. 96.
94 *Ibidem*, p. 97.

different views. It seeks a legitimate Law and a public space that is attentive to the voices of all citizens.

Presented in a not very didactic way, but with dialectic spirit, Habermas holds the achievement of not being limited to simple answers to difficult problems. His thinking, like his view of modernity, is in itself an "unfinished project"[95], sometimes because he continues to produce new knowledge, sometimes because he is always open to criticism and opposing opinions. Habermas' philosophy, which has never been closed to new reflections, follows, therefore, a continuous flow: through uncertain places and "unknown territories", Habermas walks through the highest of his philosophical vigor: "to see what is, and what makes what it is not yet and what it still could be"[96]. So, one day, who knows, "to live in harmony is not just utopia"[97]. Even in Brazil.

REFERENCES

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando Dizer é Fazer:* palavras e ação. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BRUM, Henrique. Sobre Habermas e a religião na esfera pública no caso brasileiro. *Lex Humana*, 2015, v. 7, n. 1, p. 79-100.

CORREIA, Raique Lucas de Jesus; GAMA, Marta. As duas faces de Jano: o eclesiástico e o secular na ADPF 54 à luz da filosofia de Jürgen Habermas. *Diálogos Possíveis*. Salvador, 2018, v. 17, n. 1.

CORREIA, Raique Lucas de Jesus; GAMA, Marta; FERREIRA, Fernanda Busanello. Na fissura entre laicidade e democracia no legislativo brasileiro: um olhar sobre a PEC 99/2011 através do horizonte teórico habermasiano. *Diálogos Possíveis*. Salvador, 2020, v. 18, n. 3.

FRAZOI, Vinicius. *Liberdade de Religião ou Laicidade Estatal:* A (in)constitucionalidade da presença religiosa nos serviços públicos de rádio e televisão [dissertação de Mestrado]. Brasília: Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014. 280 p.

FREITAG, Bárbara. Habermas e a teoria da modernidade. *Caderno CRH*, 1995, v. 8, n. 22.

FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *A Modernidade:* Um Projecto Inacabado. Lisboa: Nova Vega, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

---

95 HABERMAS, Jürgen. *A Modernidade:* Um Projecto Inacabado. Lisboa: Nova Vega, 2017.

96 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18.

97 Fragmento retirado da canção *Dizem (Quem Me Dera)* do Arnaldo Antunes.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo y Religión*. Barcelona: Paidós, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Fé e Saber.* Tradução de Fernando Costa Mattos. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Israel o Atenas:* ensayos sobre religión, teologia y racionalidad. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade:* doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa I:* Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa II:* Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação:* ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HADDAD, Fernando. Dialética Positiva: de Mead a Habermas. *Lua Nova*. São Paulo, 2003, n. 59, p. 95-115.

HADDAD, Fernando. Habermas: herdeiro de Frankfurt. *Novos Estudos CEBRAP*, 1997, v. 48.

KANT, Immanuel. *O Conflito das Faculdades.* Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1993.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos.* Tradução de Jesus Raniere. São Paulo: Boitempo, 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito.* São Paulo: Atlas, 2016.

PINZANI, Alessandro. Fé e Saber? Sobre alguns mal-entendidos relativos a Habermas e à Religião. *In:* PINZANI, Alessandro; LIMA, Clóvis M. de; DUTRA, Delamar V. (org.). *O pensamento vivo de Habermas:* uma visão interdisciplinar. Florianópolis: Nefipo, 2009.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PORTIER, Philippe. Religion and democracy in the thought of Jürgen Habermas. *Cuture and Society*, 2011, v. 48, n. 5, p. 426-432,

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de Teoria Crítica. *In:* NOBRE, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus, 2006.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa:* a Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2016.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo.* Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. Rejeições Religiosas do Mundo e Suas Direções. *In:* GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (org.). *Ensaios de Sociologia.* Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 324.

ZABATIERO, Júlio Paulo Tavares. A religião e a esfera pública. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, 2008, n. 12.

Data de recebimento: 18/11/2020

Data de aprovação: 28/11/2020

NEXO DE CAUSALIDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: IMPORTÂNCIA E APLICAÇÃO DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES

CAUSATION IN BRAZILIAN CIVIL LAW: IMPORTANCE AND APPLICATION OF THE EQUIVALENCE THEORY OF ANTECEDENTS

José Antonio Remedio*

Gustavo Henrique de Oliveira**

RESUMO

A pesquisa objetiva analisar algumas teorias sobre o nexo de causalidade, com ênfase à teoria da equivalência dos antecedentes, e suas aplicações no cenário da responsabilidade civil. Apesar de o Código Civil de 2002, comparativamente ao Código Civil de 1916, não ter inserido alterações significativas no que se refere ao regime jurídico do nexo causal, seu estudo sistemático torna-se importante para trazer elementos que permitam uma discussão aprofundada sobre o tema, em especial quanto à aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes como fundamento do nexo de causalidade na responsabilidade civil. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que o Código Civil de 2002, embora adote a teoria da causalidade direta ou imediata, também admite a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes como fundamento do nexo de causalidade, no que se refere à responsabilidade civil no Direito Civil Brasileiro.

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Professor de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras "Dr. Edmundo Ulson" (UNAR). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado. E-mail: jaremedio@yahoo.com.br.

** Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de Hortolândia (Unasp) e da Universidade São Francisco (USF). Advogado. E-mail: gholiveira38@hotmail.com.

Palavras-chave: Indenização. Direito Fundamental. Responsabilidade Civil. Nexo de Causalidade. Teoria da *Conditio Sine Qua Non*.

ABSTRACT

The research aims to analyze some theories about the causation, with emphasis on the theory of equivalence of antecedents, and its applications in the scenario of civil liability. Despite the fact that that the Civil Code of 2002 compared to the Civil Code of 1916, did not include signifcant changes regarding the legal regime of the causation, its systematic study becomes important to bring elements that allow an in-depth discussion on the subject, in particular as to the application of the theory of equivalence of antecedents as a basis for the causal link in civil liability. The method used is the hypotetical-deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. It concludes that the Civil Code of 2002, although adopting the theory of direct or immediate causality, also admits the application of the theory of equivalence of antecedents as the foundation of the causation, with regard to civil liability in Bazilian Civil Law.

Keywords: Indemnification. Fundamental Rights. Civil Liability. Causality Nexus. *Conditio Sine Qua Non* Theory.

INTRODUÇÃO

O estudo e a aplicação da responsabilidade civil têm merecido dos profissionais do Direito especial atenção nas últimas décadas, notadamente em razão do conjunto vertiginoso de transformações tecnológicas que tem passado a nossa sociedade, cada vez mais complexas, perigosas e avançadas, em especial no que se refere à informática e à internet.

Como é cediço, a prática de ato ilícito, quer previsto no artigo 186 do Código Civil, quer no artigo 187 do mesmo Código, com a ocorrência do evento danoso, cria para o seu autor ou responsável o dever de indenizar, na hipótese de dano patrimonial, ou compensar, na circunstância de dano extrapatrimonial.

Para que surja a responsabilidade civil, há necessidade de se verificar o preenchimento de alguns pressupostos imprescindíveis para a eclosão do dever de reparar ou compensar o dano. Assim, a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade identificam-se como elementos necessários e essenciais à deflagração do fenômeno decorrente do *neminem laedere*.

O nexo de causalidade, embora sua definição não traga grandes celeumas doutrinárias, é um dos temas mais controvertidos na seara da responsabilidade civil, uma vez que sua implementação, na prática, é causa de imprecisões que acabam contribuindo para a insegurança jurídica.

Das diversas teorias conhecidas para estabelecer o nexo de causalidade, a teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da *conditio sine qua non* não

tem merecido muito destaque pela doutrina do direito privado, uma vez que muitos doutrinadores civilistas entendem que ela não teria sido perfilhada pelo nosso Código Civil de 2002.

O objetivo do presente estudo é debater sobre o nexo de causalidade no contexto do direito privado e, notadamente, buscar demonstrar a utilidade da teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da *conditio sine qua non* no âmbito da responsabilidade civil, nada obstante a sua grande importância em sede de responsabilidade penal. No tocante à estrutura, a pesquisa inicia-se com a abordagem dos pressupostos básicos da responsabilidade civil. Em seguida apresenta noções gerais sobre o nexo de causalidade. Por fim, analisa a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes pelo sistema privado de responsabilidade civil.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Tem-se como hipótese, que embora o Código Civil de 2002 adote a teoria da causalidade direta ou imediata, referido Código também admite a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da *conditio sine qua non*, de origem criminal, como fundamento do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil nas relações privadas.

RESPONSABILIDADE CIVIL: PRESSUPOSTOS BÁSICOS

A responsabilidade civil, um dos temas mais relevantes do Direito na atualidade, pode ser conceituada como a obrigação de indenizar os danos causados na esfera de direitos de outra pessoa, quer pela prática de ato próprio, ou pela prática de ato de pessoa ou coisa a si dependente.

O direito ao recebimento pela pessoa de uma indenização, caso ocorra violação à sua esfera de direitos, tem raiz constitucional, sendo considerado um direito fundamental, à medida que os artigos 5º, V e X, de nossa Lei Suprema, preveem a indenização por dano material, moral ou a imagem.

Não é por acaso que Eduardo Vera Cruz Pinto e José Duarte Nogueira afirmam que "a responsabilidade civil ocupa lugar de primeiro plano na Teoria do Direito, máxime no domínio das obrigações"[1].

Nada obstante a matéria ser explorada pelo Código Civil de 2002, no Título IX, do Livro 1, da Parte Especial, mais precisamente a partir do artigo 927, a responsabilidade civil encontra os seus pressupostos jurídicos gerais no artigo 186 do referido diploma normativo, ou seja, em sua Parte Geral, texto normativo este que trata do denominado ato ilícito padrão.

---

[1] PINTO, Eduardo Vera Cruz; NOGUEIRA, José Duarte. Responsabilidade civil: enquadramento jus-romanístico. *Revista Lusíada – Direito*, Lisboa, s. 2, n. 6, p. 155, 2008.

Interessante notar que, no Direito Comparado, a figura do ato ilícito encontra-se normalmente inserida no livro que trata do Direito das Obrigações, porquanto ser uma de suas fontes, juntamente com o contrato e a lei. Isso pode ser visualizado no artigo 2.043 do Código Civil italiano, no artigo 483 do Código Civil português, no artigo 1.240 do Código Civil francês e no artigo 1716 do Código Civil e Comercial argentino.

Outra modalidade de ato ilícito perante o sistema brasileiro é a figura do ato ilícito por equiparação, cuja previsão foi consagrada no artigo 187 do Código Civil de 2002, texto normativo este importado do Código Civil português, de seu artigo 334, e que, por seu turno, buscou influência no artigo 281 do Código Civil grego.

Conforme dispõe o artigo 927 do nosso diploma privatístico, a prática do ato ilícito por equiparação, consubstanciada na figura do abuso de direito, também ocasiona o dever de reparar, desde que ocorra o prejuízo. Apesar disso, importante ressaltar que o surgimento da responsabilidade civil não decorre apenas da prática de ato ilícito, uma vez que o sistema alberga hipóteses de nascimento do dever de reparar mesmo com a manifestação de condutas consideradas lícitas pelo nosso ordenamento.

Hipótese emblemática, mas não a única, de obrigação de reparar mesmo na circunstância de cometimento de ato lícito, é aquela advinda do estado de necessidade agressivo, em que se viola direito de inocente, para salvar bem jurídico de maior valor. Como resultado da conjugação dos artigos 188, II[2], 929 e 930, todos do Código Civil, é possível extrair essa ilação.

Dispõe o artigo 929, do Código Civil que, "se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do artigo 188, não forem os culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram." E o arremate dessa circunstância jurídica é esclarecido pelo enunciado seguinte, qual seja, o artigo 930 do Código Civil, que confere ao sujeito que salva o bem jurídico de maior valor e deixa perecer o de menor relevância buscar, em ação de regresso, a importância que houver despendido para indenizar o titular do interesse ofendido.

A ocorrência de dano, considerado como toda lesão a bem juridicamente tutelado, é um dos requisitos indispensáveis para o surgimento da obrigação de reparar. Dano, para Rubens Limongi França, é a "diminuição ou subtração causada por outrem, de um bem jurídico"[3].

---

[2] Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[3] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 883.

Consigne-se que a conduta humana e o nexo de causalidade também são componentes necessários para a eclosão da responsabilidade civil, sendo que, tratando-se da responsabilidade civil com fundamento na teoria da culpa, este elemento também deverá estar presente para a eclosão do dever de indenizar.

Assim, no escólio de Maria Helena Diniz, a conduta, tratada como ação, um dos elementos necessários da responsabilidade civil, é o ato humano, omissivo ou comissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do agente ou de terceiro, ou fato de coisa inanimada ou animal, que provoque prejuízo a outrem, surgindo a obrigação de reparar os direitos do lesado[4].

O elemento subjetivo também é extremamente importante no contexto da responsabilidade civil, uma vez que ainda constitui ser regra em nosso sistema a responsabilidade subjetiva que, como é cediço, exige a presença da culpa para a deflagração do dever de indenizar.

Vale dizer, dentro dos pressupostos exigíveis para a eclosão do dever de reparar, além da conduta humana, do dano, do nexo de causalidade, há de haver o elemento subjetivo para o preenchimento total dos requisitos, quando se está diante de situação abarcada pela teoria da culpa.

Contudo, deve-se esclarecer que, na circunstância de se estar diante de uma hipótese albergada pela responsabilidade objetiva, não haverá a necessidade, para o nascimento da obrigação de reparar o dano, da perquirição do elemento subjetivo, haja vista o fato de ser este um elemento estranho à sua estrutura.

A culpa, em sentido amplo, que pode ser definida como um erro de conduta, abarca a culpa em sentido estrito e o dolo. O dolo é a vontade livre e consciente de praticar a conduta proibida pelo ordenamento jurídico. Já a culpa em sentido estrito é a inobservância do dever de cuidado na prática de um ato ou atividade. Sobre a culpa em sentido estrito, assevera Atílio Anibal Alterini que:

> La culpa proviene de um acto voluntario, es decir, realizado com los necesarios elementos internos: discernimiento, intención y libertad. Pero la voluntad del sujeto, en el acto culposo, va enderezada hacia su realización mas no a la consecuencia nociva: el daño que se causa en un accidente atribuible al hecho propio culposo deriva, fisicamente, de la ley de este orden según la cual dos cuerpos no pueden ocupar al mismo tiempo el mismo lugar en el espacio; le basta al Derecho que el sujeto haya "querido" el acto para atribuirle la consecuencia dañosa si su conducta se ha despreocupado del deber social de ajustarla de modo de no

[4] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 56.

> dañar injustamente a los demás, a través de la adopcíon de las diligencias necesarias en cada caso[5].

Destaca-se que entre o prejuízo e o seu suposto causador deve existir uma relação de causa e efeito, denominada de nexo causal. É viável, dessa forma, que haja ato ilícito e dano, sem que um possa ser considerado a causa do outro. Se o dano ou prejuízo for efetivado por agente externo, ou se ele decorrer de culpa exclusiva da vítima, a causalidade restará excluída[6].

Não haveria nexo de causalidade, por exemplo, entre o atropelamento de alguém e os danos advindos em virtude de automedicação[7] que o sujeito realiza visando diminuir-lhe as dores causadas pelo acidente.

Conforme apregoa Agostinho Alvim, "a importância do estudo do nexo causal tem avultado, nestes últimos tempos, uma vez que a teoria do risco prescinde da culpa, para fundamento da responsabilidade, e só lhe bastam o dano e o nexo causal"[8].

Mencionados os elementos que formam a estrutura da responsabilidade civil, passa-se a analisar os aspectos gerais do nexo de causalidade, que, induvidosamente, apresentam muita discussão na doutrina e jurisprudência, pois, como dizia Agostinho Alvim, o tema referente ao nexo de causalidade é de capital importância para a matéria de responsabilidade civil[9].

NEXO DE CAUSALIDADE: NOÇÕES GERAIS

A noção atinente ao nexo de causalidade é bastante antiga, constando inclusive do Direito Romano. A Lei Aquília era bastante rigorosa, pois exigia que o dano ocorresse *corpore corpori*, ou seja, pelo corpo do autor da lesão e sobre o corpo da vítima, devendo o prejuízo ser resultado direto do ato praticado pelo ofensor[10].

Cristán Aedo Barrena, ao tratar dos requisitos da *Lex Aquilia*, analisa que:

> En cuanto a la relación de causalidad, lo primero que debe decirse es que la Lex Aquilia no señalaba cuando un evento debía considerarse consecuencia de un cierto comportamiento. La interpretación de los verbos, de otra parte, permitía concluir que la conducta debía ser

---

5 ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil*: límites de la reparación civil. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974, p. 94.

6 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 302.

7 LOBO, Paulo. *Direito civil:* obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2, p. 332.

8 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências jurídicas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 342.

9 ALVIM, *op. cit.*, p. 342.

10 LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de direito civil*: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, v. 5, p.218.

> considerada causa directa del resultado. Tambíen resulta obvio que los juristas romanos no se dedicaron al tratamiento dogmático del tema causal, ni siquiera lo abordaron especialmente, sino que, por el contrario, las cuestiones causales son desarrolladas en el contexto de la interpretación operativa de las palabras contenidas en los capítulos primero y tercero (...)[11].

Nexo de causalidade, segundo Gustavo Henrique de Oliveira, "é a relação de causa e efeito entre a conduta potencialmente eficaz para modificar o mundo exterior e a sua consequente alteração. É o vínculo idôneo que liga o dano a um evento"[12].

O nexo de causalidade, no âmbito do direito privado, é extraído do artigo 403 do Código Civil. É a partir desse texto normativo que se desenvolvem os estudos acerca desse pressuposto da responsabilidade civil, sendo que doutrina e jurisprudência nele encontram os fundamentos para declarar qual teoria sobre o nexo causal o nosso sistema teria albergado.

A doutrina é bastante expressiva ao entender ter sido adotada por nosso sistema jurídico a teoria da causalidade direta ou imediata, apesar de também existir grande prestígio em relação à teoria da causalidade adequada.

Paulo Lobo afirma, seguindo essa linha de raciocínio, que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou consagrando a teoria da causalidade direta ou imediata. O mencionado autor, nada obstante, afirma que não há consenso na jurisprudência acerca da teoria que deve ser adotada para a apreciação do nexo causal[13].

O legislador de 2002, reproduzindo a redação do artigo 1.060 do Código Civil de 1916, adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, também conhecida por teoria da interrupção do nexo causal. Apesar de inseridos topograficamente em sede de responsabilidade contratual, os referidos textos normativos foram estendidos para a responsabilidade extracontratual pela doutrina. Consideram-se causas aquelas vinculadas ao dano direta e imediatamente. Assim, restaria afastada a ressarcibilidade do denominado dano indireto ou dano por ricochete. Entretanto, o ressarcimento por danos reflexos era reconhecido vastamente pela jurisprudência para também condenar à prestação de alimentos o autor de homicídio cuja vítima deixara alimentandos, circunstância positivada no artigo 948, inciso II, do Código Civil[14].

---

11 AEDO BARRENA, Cristián. Los requisitos de la lex Aquilia, con especial referencia al daño: lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis,* Universidad de Talca, año 15, n. 1, 2009, p. 319.

12 OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos capazes*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 196.

13 LOBO, *op. cit*., p. 335.

14 TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil:* responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 4, p. 86.

Assim, o que se verifica é que, apesar de parte expressiva da doutrina se pronunciar favoravelmente acerca da teoria da causalidade direta ou imediata, que teria sido acolhida pelo artigo 403 do Código Civil, na prática, os tribunais não atuam de forma a respeitar o disposto nesse texto normativo e se utilizam de outras teorias para buscar o nexo causal.

Juan Espinoza Espinoza[15], ao tratar do nexo de causalidade no Código Civil peruano, defende que, "sin embargo, se cree conveniente que en una eventual reforma legislativa, solo se deberia regular que el demandante de la pretensión resarcitoria tenga la carga de acreditar el nexo causal, sin asumir ninguna teoría causal. Por cuanto la realidad supera las previsiones del legislador".

A teoria da causalidade adequada define a causa da seguinte forma: causa é toda ação ou omissão abstratamente idônea para o surgimento do resultado. É a condição que se mostra ser a mais adequada à eclosão do resultado[16].

Essa teoria da causalidade adequada teve Luis Von Bar (1871) como seu formulador. Contudo, teria sido J. Von Kries quem, em 1888, a definiu com propriedade[17].

Nas lições de Patrícia Faga Iglecias Lemos, "a noção de causalidade adequada supõe que na pluralidade de casos será causa aquilo que normalmente ocorre em situações semelhantes[18].

O que demonstrará a existência ou não do nexo causal e a consequente atribuição do resultado lesivo, é a adequação, de acordo com o desencadeamento natural das coisas, de algum antecedente fático potencializador dessa alteração prejudicial no mundo fenomênico[19]. A outra teoria, a da causalidade direta ou imediata ou dos danos direitos e imediatos, foi mais bem desenvolvida, no Brasil, por Agostinho Alvim, sendo que, para a maioria dos autores[20] é a mais prestigiada, porquanto fora a teoria consagrada no atual Código Civil, em seu artigo 403.

Na opinião de Wilson Melo da Silva, a teoria dos danos diretos e imediatos é um "amálgama das teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada, com certa amenização no que tange às extremas consequências a que

---

15 ESPINOZA, Juan Espinoza. La influencia de la experiencia jurídica italiana em el Código Civil peruano en matéria de responsabilidad civil. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, n. 56, dic. 2003, p. 757.

16 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. I, p. 324.

17 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário:* análise do nexo causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 134-135.

18 LEMOS, *op. cit*., p. 134-135.

19 OLIVEIRA, *op. cit*., p. 204.

20 LEMOS, *op. cit*., p. 140. Em sentido contrário, tem-se a posição de Roberto Senise Lisboa, que advoga a ideia de que tanto o diploma anterior quanto o atual Código Civil adotaram a teoria da causalidade adequada (LISBOA, *op. cit*., p. 524).

se pudesse chegar na aplicação, prática, de tais teorias"[21]. Consigne-se, contudo, que há confusão jurisprudencial no que tange ao nexo de causalidade, existindo, ainda, julgados que tratam a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata como sinônimas[22].

Mas não são apenas essas as teorias divulgadas e estudadas a respeito do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil. Em casos graves, têm sido utilizadas as "presunções de causalidade", fundamentadas na probabilidade e estatística. A probabilidade, bem como a verossimilhança, aproxima-se da verdade, diversamente da estatística, que nada diz no que tange ao caso concreto. A estatística serve apenas para o cálculo em contrato de seguro. As "presunções de causalidade" têm sido usadas nos danos à saúde, como a presunção de contaminação com o vírus HIV, após o recebimento de transfusão de sangue. É possível seja de fato, mas juridicamente é reconhecida como verdadeira essa decisão. Ademais, essa é a aplicação da regra *res ipsa loquitur*, vale dizer, a coisa fala por si mesma, já utilizada nos casos de erro médico há muito tempo[23].

O Direito Penal contribuiu de forma bastante relevante para a sistematização do nexo causal como pressuposto da responsabilidade civil[24], ao estabelecer seus contornos de forma mais precisa e científica. No entanto, a despeito de sua enorme importância para a estrutura da responsabilidade jurídica, somente após o início do século XIX a doutrina penalista passou a se ocupar do tema, iniciando assim seus estudos de forma sistemática e com mais profundidade[25].

Em boa parte das vezes, a identificação do nexo de causalidade não acarreta grandes dificuldades para o seu reconhecimento, verificando-se a solução de forma simples e imediata. Nada obstante, em outras situações a comprovação da existência do nexo causal pode tornar-se complexa, sendo diversas as dúvidas que poderão influir na imputação da responsabilidade[26]. Disso decorre o desafio em se estudar a teoria do nexo causal, principalmente em virtude do surgimento de concausas, que em muitas circunstâncias contribuem para a eclosão do resultado lesivo[27]. De fato, se qualquer que fosse o evento, a ação ou omissão fosse sua única e exclusiva causa, a investigação do nexo causal seria de fácil verificação. No entanto, a celeuma surge da complexidade dos

---

21 SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares, 1962, p. 206.

22 TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco*: a teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011, p. 86-87.

23 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 135.

24 LEMOS, *op. cit.*, p. 128.

25 BRUNO, *op. cit.*, p. 320-321.

26 BRUNO, *op. cit.*, p. 320-321.

27 ALVIM, *op. cit.*, p. 343.

antecedentes causais do fato lesivo, considerando a circunstância de que, na realidade, a conduta omissiva ou comissiva traz uma série de acontecimentos relevantes concatenados[28].

A doutrina distingue entre concausas sucessivas e concausas simultâneas. No que tange às concausas simultâneas, provoca-se somente um dano, embora ocasionado por mais de uma causa. Ocorre na hipótese em que um determinado dano pode ser atribuído a várias pessoas. No caso, a resposta conferida pelo sistema jurídico é determinar a aplicação da responsabilidade solidária entre os autores do fato lesivo, conforme previsto no artigo 942[29] do Código Civil de 2002[30].

Roberto Senise Lisboa, nesse ponto, diferencia o nexo causal simples, que é aquele formado pela conduta ilícita de um único sujeito, do nexo causal plúrimo, que é aquele constituído pela conduta vedada de várias pessoas. Nessa última forma de nexo causal há, entre os agentes do ato ilícito, solidariedade passiva, nos termos do artigo 942 do Código Civil de 2002[31]. A complexidade nasce em relação às concausas sucessivas, em que existe um encadeamento de causas e efeitos, porquanto nessa circunstância torna-se difícil identificar qual foi realmente a causa que ensejou o resultado danoso[32].

Agostinho Alvim, com relação às causas sucessivas, traz o exemplo de um edifício que desaba por inabilidade do engenheiro, em que a queda do prédio permitiu o saque de soma elevada que, por sua vez, ocasionou a falência do proprietário[33], o que demonstra a dificuldade para identificar a real causa do evento danoso. Diversas são as teorias que tratam do nexo causal na doutrina.

Para Juan Espinoza Espinoza, o sistema civil peruano perfilhou teorias diversas no que tange ao nexo causal em matéria de responsabilidade civil contratual e extracontratual[34]. Aníbal Bruno, ao tratar das teorias sobre o nexo de causalidade, divide-as em dois grupos, ou seja, as teorias que não vislumbram diferença entre condição e causa, e as teorias que diferenciam causa e condição e buscam estabelecer critérios para, entre as condições, destacar a causa[35].

---

28 FRAGOSO, Heleno; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, t. 2, p. 46.

29 Art. 942. "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação". Parágrafo único. "São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932."

30 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 4, p. 385.

31 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 517.

32 GONÇALVES, *op. cit.*, p. 385; ALVIM, *op. cit.*, p. 343; SILVA, *op. cit.*, 1962, p. 205.

33 ALVIM, *op. cit.*, p. 343.

34 ESPINOZA, *op. cit.*, p. 748.

35 BRUNO, *op. cit.*, p. 322.

Embora sejam várias as teorias sobre o nexo causal, para se atender aos objetivos da presente pesquisa dar-se-á especial atenção a apenas uma delas, ou seja, a teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da *conditio sine qua non*.

A ADOÇÃO DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES PELO SISTEMA PRIVADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A teoria que será estudada com mais profundidade, em vista do escopo da presente pesquisa, é a chamada teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non,* bastante desenvolvida pela ciência criminal, e que possui previsão expressa no artigo 13 do Código Penal, nos seguintes termos: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido"[36]. Consigne-se que a simplicidade da teoria e a maior possibilidade de permitir à vítima a reparação ou indenização dos danos suportados no âmbito penal, inserem-se entre as poucas vantagens reconhecidas pela doutrina em favor da teoria[37].

Apesar de não desfrutar do mesmo prestígio no âmbito da responsabilidade civil, se comparada com outras teorias, a teoria da equivalência dos antecedentes tem expressiva importância para o direito privado, considerando os reflexos da sentença penal condenatória no contexto da responsabilidade civil, como será explorado.

Essa teoria foi bastante criticada por doutrinadores penalistas e civilistas que vislumbravam sua eficiência perante a filosofia[38], apesar de sua imprecisão, inclusive no âmbito do próprio direito criminal. Sua utilização foi reconhecida como inviável por muitos doutrinadores na esfera do Direito Civil[39]. Flávio Tartuce afirma que a teoria da equivalência dos antecedentes não é adotada no Brasil, porquanto possui o grande inconveniente de ampliar em demasia o nexo causal, podendo chegar ao infinito[40].

No mesmo sentido, Anderson Schreiber aduz que a teoria da equivalência dos antecedentes teria sido adotada pelo direito penal, com o resguardo do

---

36 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 757. Ao tratar da teoria da equivalência das condições, Heleno Cláudio Fragoso aduz que "a equivalência de todos os antecedentes indispensáveis ao surgimento do resultado concreto, qualquer que tenha sido sua categoria ou grau de contribuição para o evento, não distinguindo entre causa, condição ou ocasião: tudo que concorre para o resultado é causa dele" (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 168).

37 SILVA, *op. cit.*, p. 224.

38 SILVA, *op. cit.*, p. 209.

39 LEMOS, *op. cit.*, p. 131.

40 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito das obrigações: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 539.

princípio da tipicidade[41]. Marco Aurélio Bezerra de Melo comunga do mesmo entendimento, aduzindo que o direito privado, com tipo aberto, precisa de outra técnica, diferente da teoria da equivalência dos antecedentes, para solucionar a intrincada questão do nexo de causalidade[42].

Christiano Cassetari assevera que essa teoria é a única generalizadora, pois considera causa do prejuízo qualquer evento que tenha auxiliado para a sua existência. Também declara que o nosso ordenamento jurídico não a teria perfilhado[43]. Carlos Roberto Gonçalves divulga, categoricamente, que das "várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no artigo 403"[44].

A teoria da equivalência dos antecedentes originou-se em 1860, da tese de Maximiliano von Buri, divulgada em matéria sobre participação criminal, tendo, inclusive, influenciado diversos outros ramos do direito. Sobre a teoria, John Stuart Mill, conforme referido por Patrícia Faga Iglecias Lemos, defendeu que todas as condições devem ser igualmente averiguadas, haja vista o fato de que somente a partir da análise de todas elas será possível a determinação da real causa do resultado[45].

Em consonância com a referida teoria, basta que o fato provocador do evento danoso surja como condição *sine qua non* da lesão, apoiada em outras condições do mesmo modo necessárias para o reconhecimento do nexo causal[46]. Assim, se um fato específico foi inserido no conjunto de condições que desencadearam a ocorrência do evento danoso, é admissível chegar-se à conclusão de que referido fato também foi causa do evento[47]. No dizer de Aníbal Bruno, desde "que eliminada mentalmente a condição, desaparecesse do mesmo modo o resultado – o chamado processo hipotético de eliminação"[48].

A mais expressiva crítica endereçada a essa teoria é que a responsabilidade, derivada da sua utilização, poderia chegar ao infinito, vale dizer, ocorreria o fenômeno denominado de *regressus ad infinitum*[49], uma vez que tudo que de

---

41 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 55.

42 MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito civil:* responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 211.

43 CASSETARI, Christiano. *Elementos do direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 413.

44 GONÇALVES, *op. cit.*, p. 387.

45 LEMOS, *op. cit.*, p. 131.

46 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil:* de acordo com a Constituição de 1988. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 78.

47 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 199.

48 BRUNO, *op. cit.*, p. 323.

49 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1, p. 218; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 132; PEREIRA, *op. cit.*, p. 78; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade: *In:* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, p. 67.

alguma forma tenha auxiliado para a ocorrência do resultado será considerado causa, motivo pelo qual é chamada equivalência dos antecedentes.

Essa teoria não possibilita diferenciar a condição de maior efeito para o surgimento do dano, e a condição que, apenas remotamente, colaborou para o seu nascimento. Assim, a pergunta que é preciso fazer para se determinar o nexo de causalidade, de acordo com essa teoria, é a seguinte: O evento lesivo ocorreria sem o fato indicado como sua causa? Consigne-se que as condições e causas possuem função de concausas, de maneira que não há distinção entre causa e ocasião, causa e condição e, como explicitado, causa e concausa[50]. Assim, pela teoria, "tudo que concorrer para o evento deve ser apontado como nexo causal"[51].

No entanto, é preciso diferenciar dois conceitos, quais sejam, a condição e a causa, como fenômenos ligados ao nexo de causalidade. Condição é todo fato que se insere na origem do evento lesivo. Por sua vez, a causa é toda condição determinante para o surgimento do resultado[52]. Há relação de causa e efeito quando, na hipótese de afastamento da causa, a consequência também desaparece. Dessa forma, na esfera criminal, em um crime de homicídio, se o sujeito ativo do delito saca a arma e atira em uma pessoa, matando-a, seria considerado causa, não somente o disparo, mas também a aquisição da arma, o seu fabrico, etc., o que envolveria, desarrazoadamente, um número extremamente extenso de pessoas na situação ilícita[53].

Ainda sob a ótica criminal, essa teoria tem o grau de atribuição verificado e controlado pelos elementos subjetivos do tipo, ou seja, o dolo e a culpa[54], que se tornam mecanismos de bloqueio da difusão da responsabilidade penal para pessoas que não concorreram para o evento criminoso de maneira voluntária[55]. Assim, chega-se à ilação de que essa teoria se localiza tão somente na seara do elemento físico ou material do crime e, em virtude disso, por si só, não atende à punibilidade[56].

A inserção da discussão atinente ao elemento subjetivo, como ocorre na esfera penal, para amenizar a questão do regresso ilimitado, pode se mostrar inoperante para o Direito Civil, que consagra de maneira bastante abrangente a

---

50 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, v. 1, p. 116; FRAGOSO e HUNGRIA, *op. cit*., p. 46.

51 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil:* obrigações e responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 496.

52 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil:* responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 371.

53 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *op. cit*., p. 758.

54 MIRABETTE, Julio Fabrini. *Código Penal interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 139.

55 NUCCI, *op. cit*., p. 132.

56 NORONHA, *op. cit*., p. 117.

responsabilidade civil objetiva, tendo inclusive, na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, estabelecido uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. Vale dizer, se a debatida teoria, para eliminar os excessos, teve de "buscar no elemento culpa um limite à responsabilidade"[57], a sua aplicação na seara da responsabilidade objetiva seria ineficaz, porque na esfera da teoria do risco o elemento subjetivo é estranho à sua estrutura.

Ademais, isso também pode trazer uma confusão entre a *imputatio facti* (condições mediante as quais um dano deve ser imputado objetivamente à conduta de uma pessoa) e a *imputatio juris,* (condições necessárias a que um resultado deva ser imputado subjetivamente ao seu autor) porque são coisas diferentes, de um lado, o mundo das causas objetivas e materiais e, de outro lado, o mundo psicológico[58], conforme também disserta Miguel de Serpa Lopes[59].

Portanto, por se tratar de uma teoria naturalística, podendo trazer imprecisão na sua utilização e até mesmo se chegar ao infinito, a doutrina civilista não vislumbra sua acolhida em sede de responsabilidade civil, como antes demonstrado, embora seja divulgada abertamente a sua adoção pelo Código Penal[60]. Entretanto, a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non* possui significativa importância para o Direito Civil, em razão da norma expressa de abertura sistemática prevista no artigo 935, do Código Civil de 2002, que possibilita o ingresso na seara da responsabilidade civil da teoria da equivalência dos antecedentes[61].

Em pensamento divergente, sustenta Gustavo Tepedino[62] que a consagração, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, da teoria do dano direto e imediato, arreda a implementação das outras duas teorias conhecidas pelo Direito Civil, ou seja, as teorias da equivalência das condições e a da causalidade adequada. Nada obstante, parece incorrer em erro a afirmação a respeito do exclusivo acolhimento da teoria do dano direto e imediato no sistema civil brasileiro, tendo em vista que há abertura normativa no nosso diploma privado, que possibilita concluir que outra teoria também é perfilhada, ainda que indiretamente.

Referida assertiva passa pela análise da circunstância de que a coisa julgada, no âmbito penal, quando decidida afirmativamente em relação à autoria do delito e à materialidade do fato, produz efeitos no juízo cível, conforme previsto no artigo 935 do Código Civil de 2002. Dessa forma, não seria possível descon-

---

57 NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7, p. 125.

58 SILVA, *op. cit.*, p. 212.

59 LOPES, *op. cit.*, p. 219.

60 LEMOS, *op. cit.*, p. 131.

61 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 201.

62 TEPEDINO, *op. cit.*, p. 66.

siderar, *a priori*, a adoção indireta também pelo sistema civil da teoria da equivalência dos antecedentes ou da teoria da *conditio sine qua non*. Dispõe o artigo 935 do Código Civil que: "a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

Em comentários sobre esse dispositivo legal, explicita Claudio Luiz Bueno de Godoy[63] que esse texto normativo, de previsão idêntica ao que o antecedeu na legislação revogada, com pequena mudança redacional, reproduz a consagração da independência da jurisdição civil e penal, quando movidas para o apuramento de um mesmo fato penalmente típico, com repercussão indenizatória. Contudo, essa independência é mitigada ou relativa, dado que, se no juízo criminal, em que a exigência probatória é mais rigorosa, se decide, de forma peremptória, sobre a materialidade do fato ou sobre sua autoria, bem como sobre excludentes de ilicitude (artigo 65 do Código de Processo Penal), nada mais, sobre isso, poderá ser discutido no cível.

Francesco Carnelutti[64], ao discorrer a respeito da eficácia civil da coisa julgada penal, analisa que:

> O fenômeno da interferência das situações jurídicas, consistente em que um mesmo fato possa ter mais de uma consequência jurídica, enquanto tais consequências pertençam respectivamente ao Direito Civil e ao Direito Penal, faz com que a declaração de certeza de uma relação jurídica penal possa desenvolver eficácia também sobre as relações jurídicas civis conexas. A esse fenômeno se refere o problema do valor civil da coisa julgada penal. Tal problema não se apresenta quando a sentença penal é pronunciada perante a parte civil ou o responsável civil, pois em tais casos, que representam uma extensão do processo penal no campo civil, a sentença não tem só caráter penal, como também o de uma sentença civil, embora pronunciada em sede penal; o processo penal com parte civil ou com responsável civil é um processo cumulativo verdadeiro, o qual serve ao mesmo tempo tanto para a verificação da pretensão penal como para a composição de uma ou várias lides civis.

Carlos Roberto Gonçalves explicita que se a infração penal houver provocado prejuízo, a sentença condenatória terá, ainda, o efeito de tornar certa a obrigação de reparar. O juiz criminal, para condenar na esfera penal, deve se pronunciar acerca do fato e da autoria. Desse modo, não pode haver sentença

---

63 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentários sobre o art. 935. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado:* doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018, p. 910.

64 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil.* Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1, p. 211-212.

condenatória sem que haja prova da existência do fato e de quem seja o seu autor. Assim, em virtude do disposto na segunda parte do artigo 935 do Código Civil, proposta a ação cível, não será mais possível discutir a existência do fato e a questão referente à autoria, uma vez que tais situações foram decididas na esfera penal, provocando efeito absoluto na seara civil[65]. Nesse sentido, estatui o inciso VI do artigo 515 do Código de Processo Civil, que é título executivo judicial "a sentença penal condenatória transitada em julgado". Dessa maneira, na hipótese de condenação criminal, será necessário apenas a apuração do *quantum debeatur*, uma vez que o dever de indenizar já estará consolidado[66].

Como demonstrado, a doutrina penalista advoga a ideia da consagração da teoria da equivalência dos antecedentes no artigo 13 do Código Penal. Nesse sentido, se a apreciação do nexo de causalidade, na hipótese de prática de infração penal, passa pelo crivo da teoria da *conditio sine qua non*, deve-se concordar, caso seja prolatada uma sentença condenatória causadora de efeitos no juízo cível, que a teoria da equivalência dos antecedentes é de suma relevância também para o Direito Civil, pois, indiretamente, produzirá efeitos no cível[67].

Essa conclusão acerca da adoção, ainda que indiretamente, da teoria da equivalência dos antecedentes no juízo cível, fica mais clara a partir do momento em que se verifica que o estudo do crime passa necessariamente pela análise dos elementos componentes do fato típico, quais sejam: conduta, resultado, nexo causal e tipicidade. O que significa dizer que, para poder afirmar que um determinado fato da vida é criminoso (ou seja, infração penal), há de se analisar inicialmente o fato típico, que traz em seu conteúdo também o nexo causal.

Assim, se no que tange ao nexo de causalidade, a teoria adotada pelo sistema penal foi a da equivalência dos antecedentes, como explicitado, forçoso é convir que essa teoria, de maneira reflexa, também é utilizada para a hipótese de responsabilidade civil, uma vez que, caso a prática do crime redunde em dano, será possível efetivar-se a cobrança no juízo cível, usando de decisão penal, que se pautará na teoria da *conditio sine qua non*.

CONCLUSÃO

Inserida entre os temais mais relevantes do Direito na atualidade, em virtude da vertiginosa evolução tecnológica, a responsabilidade civil pode ser conceituada como a obrigação de indenizar os danos causados na esfera de direitos de outra pessoa, seja pela prática de ato próprio, seja pela prática de ato de pessoa

---

65 GONÇALVES, *op. cit.*, p. 368.
66 VENOSA, *op. cit.*, p. 651.
67 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 210-211.

ou coisa a si dependente. Os artigos 186 e 187 do Código Civil fundamentam em linhas gerais a responsabilidade civil, ao preverem que a prática de ato ilícito, com a ocorrência do evento danoso, cria para o seu autor ou responsável o dever de indenizar, na hipótese de dano patrimonial, ou o dever de compensar, no caso de dano extrapatrimonial.

Todavia, a responsabilidade civil não decorre apenas da prática de ato ilícito, uma vez que o sistema jurídico prevê hipótese de nascimento do dever de reparar o dano mesmo em relação a condutas consideradas lícitas, como no caso de estado de necessidade agressivo, em que se viola direito de inocente para salvar bem jurídico de maior valor. A responsabilidade civil, para eclosão do dever de reparar ou compensar o dano, exige para sua caracterização a presença de diversos pressupostos, como a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

A conduta está relacionada ao ato humano, comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário ou não, do agente ou de terceiro, ou ainda de falta de animal ou de coisa inanimada, causador de dano a outrem. O dano, no que se refere à responsabilidade civil, corresponde a toda lesão a bem juridicamente tutelado. O nexo de causalidade corresponde à relação de causa e efeito existente entre a conduta humana e o dano decorrente da conduta.

Todavia, o nexo de causalidade, um dos pressupostos exigíveis para a caracterização da responsabilidade civil no âmbito do Direito Privado, não possui fundamentação pacífica na doutrina, uma vez que sua implementação é causa de imprecisões que acabam na prática contribuindo para a insegurança jurídica. O nexo de causalidade, no âmbito do Direito Privado, é extraído do disposto no artigo 403 do Código Civil e, a partir desse texto normativo, desenvolvem-se os estudos a respeito do referido pressuposto da responsabilidade civil.

As diversas teorias que procuram justificar o nexo causal em nosso sistema jurídico estão normalmente fundamentadas no artigo 403 do Código Civil, destacando-se na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a teoria da causalidade direta ou imediata, embora também goze de grande prestígio a teoria da causalidade adequada. Pela teoria da causalidade direta ou imediata, causa é a conduta antecedente que determina o resultado como sua consequência direta e imediata, respondendo o agente pelos danos diretos e imediatos sempre que os tenha causado. A teoria da causalidade adequada define a causa como toda ação ou omissão abstratamente idônea para a eclosão do resultado, ou seja, o nexo causal entre o dano e o fato pode ser estabelecido quando aquele for consequência normalmente previsível deste.

Além das teorias antes citadas, temos também como admissível a teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da *conditio sine qua non* como aplicável em relação ao nexo de causalidade, teoria essa desenvolvida pela ciência criminal, como disposto no artigo 13 do Código Penal. Pela teoria da equivalência dos

antecedentes, para o dever de reparar o dano, é suficiente que o fato provocador do evento danoso decorra como condição *sine qua non* da lesão, ou seja, considera-se causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria sido produzido.

Entre as críticas doutrinárias feitas à teoria da equivalência dos antecedentes, destaca-se o inconveniente de ampliar em demasia o nexo causal, inclusive podendo chegar ao infinito, dando ensejo ao dever de reparar o dano ilimitadamente. A teoria da equivalência dos antecedentes, embora adotada pelo Direito Penal, não é aceita pela maioria da doutrina no Direito Civil, em especial no que se refere à responsabilidade civil.

Apesar de a doutrina destacar entre as poucas vantagens da teoria da equivalência dos antecedentes a sua simplicidade e a maior possibilidade de reparação dos danos suportados pela vítima na esfera penal, referida teoria, sob nossa ótica, tem importância para o direito privado, diante dos reflexos da sentença penal condenatória no contexto da responsabilidade civil.

Vale dizer, a teoria da equivalência dos antecedentes, em nossa opinião, tem importância para o Direito Civil, em face de expressa norma de abertura sistemática prevista no artigo 935 do Código Civil, que possibilita o ingresso da teoria na seara da responsabilidade civil. Assim, não se nega o predomínio da teoria do dano direto e imediato no sistema jurídico brasileiro em matéria de responsabilidade civil, predomínio esse consagrado pela doutrina e jurisprudência, mas tal assertiva não arreda a implementação das outras duas teorias conhecidas pelo Direito Civil, ou seja, a teoria da causalidade adequada e também a teoria da equivalência dos antecedentes.

A afirmação de que é admissível a teoria da equivalência dos antecedentes é corroborada pela análise da circunstância de que a coisa julgada, na esfera criminal, quando reconhecida a autoria e a materialidade, produz efeitos no Juízo Cível, nos termos do artigo 935 do Código Civil, de forma que não é possível desconsiderar, *a priori*, a adoção, ainda que indireta, da teoria da equivalência dos antecedentes pelo sistema civil brasileiro.

Tem-se, em conclusão, que a teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da *conditio sine qua non*, ínsita ao Direito Penal e à responsabilidade penal, sem prejuízo da aplicação de outras teorias fundamentadoras do nexo de causalidade na esfera civil, como a teoria da causalidade direta ou imediata e a teoria da causalidade adequada, é bastante útil e também aplicável, ainda que indiretamente, no âmbito da responsabilidade civil, em especial no contexto do Direito Privado.

REFERÊNCIAS

AEDO BARRENA, Cristián. Los requisitos de la Lex Aquilia, con especial referencia al daño: lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis,* Universidad de Talca, año 15, n. 1, 2009.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil*: límites de la reparación civil. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências jurídicas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v.1.

CASSETARI, Christiano. *Elementos do Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7.

ESPINOZA, Juan Espinoza. La influencia de la experiencia jurídica italiana em el Código Civil peruano en matéria de responsabilidad civil. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, n. 56, dic. 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil:* responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRAGOSO, Heleno; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, t. 2.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentários sobre o art. 935. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado:* doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 4.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário:* análise do nexo causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2.

LOBO, Paulo. *Direito Civil:* obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2.

LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de direito civil*: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, v. 5.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito civil:* responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRABETTE, Julio Fabrini. *Código Penal interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos capazes*. Curitiba: Juruá, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil:* de acordo com a Constituição de 1988. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINTO, Eduardo Vera Cruz; NOGUEIRA, José Duarte. Responsabilidade civil: enquadramento jus-romanístico. *Revista Lusíada – Direito*, Lisboa, s. 2, n. 6, p. 155-168, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil:* da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das obrigações: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco*: a teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade: *In:* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil:* responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 4.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil:* obrigações e responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Data de recebimento: 06/10/2020

Data de aprovação: 16/11/2020

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA ESPANHA – EXCERTO SOBRE O BINÔMIO DIREITO-DEVER

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK IN SPAIN – CONSTITUTIONAL EXCERPT ON THE BINOMIAL RIGHT-DUTY

Alexandre Coutinho Pagliarini*
Arthur Augusto Garcia**

RESUMO

Ao longo da história constitucional espanhola é possível perceber que o direito ao trabalho foi um dos seus pilares fundantes, sendo certo que na Constituição de 1931 ele lá se encontrava em menor escala, tendo sido grandemente recepcionado pela Carta de 1978, vigente atualmente com, a particularidade atual e transformou o direito ao trabalho também num dever ao trabalho. Para compreender essa novidade dicotômica (direito--dever) é importante analisar o contexto histórico da evolução das Constituições ao longo das duas Repúblicas, a responsabilidade do Estado e em especifico o art. 35.1 do Texto Constitucional em vigor.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Direito Comparado.

ABSTRACT

Throughout Spanish constitutional history, it is possible to realize that the right to work has always been one of the founding pillars of this society, and was thus welcomed by the Spanish Constitution of 1978, currently in force. However, there is a particularity regarding this right, it is

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Advogado. E-mail: alexandrepagliarini@terra.com.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5257-2359.

** Mestrando em Direito na linha de Jurisdição e Processo na Contemporaneidade no Centro Universitário Internacional (Uninter). Bacharel em Direito pela PUC-PR. Professor de Pós--Graduação *Lato Sensu* do Centro Universitário Internacional (Uninter). E-mail: arthur.brambillaa@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4797-8682.

considered both a duty and a right, and in order to understand the dichotomy it is important to analyze the historical context of the evolution of the constitutions over the two Republics, the responsibility of the State and specifically the Article 35.1 of the current Charter.

Keywords: Constitutional Law. Labor Law. Comparative law.

RESUMEN

A lo largo de la historia constitucional española, es posible darse cuenta de que el derecho al trabajo ha sido siempre uno de los pilares fundadores de esta sociedad, por lo que fue acogido por la Constitución española de 1978, actualmente vigente. Sin embargo, existe una particularidad respecto a este derecho, se considera tanto un deber como un derecho, y para comprender la dicotomía es importante analizar el contexto histórico de la evolución de las constituciones sobre las dos Repúblicas, la responsabilidad del Estado y específicamente la Artículo 35.1 de la Carta vigente

Palabras clave: Derecho Constitucional. Directo del trabajo. Ley comparativa.

INTRODUÇÃO

O trabalho é uma categoria fundante da civilização humana, bem como é a base da construção de uma sociedade, sendo também necessário na construção da própria identidade do ser humano. Assim, desde o início das organizações humanas até a atualidade, o trabalho sempre esteve presente. Pode-se conceituar, de forma resumida, que o trabalho é a ação do ser humano ao transformar a natureza (matéria-prima), e é por meio dele que o homem sai de sua simples condição biológica para se manifestar como ser social na materialidade e de forma racional. Dessa forma, compreende-se que é por meio do trabalho, seja ele remunerado ou não (nos tempos pretéritos em que isso era possível), que os seres humanos se reafirmam enquanto seres sociais e transformadores da sociedade e o mundo.

Com o passar dos tempos e a valorização do trabalho remunerado, as conquistas sociais, verificadas principalmente a partir do início do século XX, o trabalho e outros direitos sociais passaram a fazer parte das Cartas Políticas. Neste contexto o trabalho foi inserido nos textos constitucionais como a liberdade de trabalhar, principalmente nas Constituição europeias da primeira metade do século XX, sendo então considerado como um meio de promoção de subsistência do homem. Todavia, não possuía ainda caráter de direito fundamental, fato este que lhe retirava qualquer instrumento de garantia. Criou-se, portanto, campo político-normativo para o surgimento da Constituição espanhola de 1978, que declara o trabalho como direito fundamental visto que o constituinte optou por inseri-lo no Título que elenca os direitos fundamentais da sociedade, característico das Constituições sociais da segunda metade do século XX.

Ao incorporar o direito ao trabalho no rol de direitos fundamentais da Constituição de 1978, os constituintes o fizeram juntamente com um dever de trabalhar, binômio este que já existia em alguns textos constitucionais, tais como os da França (1958), Portugal (1976) e Itália (1947).

O direito ao trabalho e o dever de trabalhar está previsto no art. 35.1 da Carta Maior, e declara que "todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre eleição da profissão ou ofício, à promoção através do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e as de sua família, sem que em nenhum caso possa-se fazer discriminação por razão de sexo"[1] o que, o torna extremamente complexo e justifica esse artigo.

Desta forma, primeiramente se analisará o contexto social da Espanha, por meio de seus Textos Constitucionais da I República, objetivando compreender como o trabalho era tratado pelo Estado. Posteriormente se verificará como as constituintes tratavam o direito ao trabalho e sua garantia pelo Estado a partir da II República, discorrendo sobre a jurisdição do trabalho na Espanha, chegando ao Texto Constitucional vigente e seu espírito.

É, então, a partir do art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978 que surge a dicotomia entre o direito de obter um trabalho e o dever de trabalha. É por causa desta relação direito-dever e em se levando em consideração o Texto Constitucional que se compreenderá quais são suas características, o espírito constituinte, e a responsabilidade o Estado na garantia e efetivação desse dever-direito.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL ESPANHOL

O direito ao trabalho na história do direito constitucional espanhol anterior a II República

Ao longo da história constitucional, as Cartas Magnas buscaram as funções de definir os direitos fundamentais e garantir a unidade política e a ordem jurídica do Estado, fundamentadas na legitimidade do poder. Outro propósito cumprido com maior ou menor intensidade por diversas Constituições, dependendo do momento político-ideológico pelo qual passam os Estados, é o de estabelecer ordenamentos sociais, econômicos e políticos. Por sua vez, a Declaração francesa de Direitos (1789) prescreve que "*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*"[2], donde se conclui que para o debutante Direito Constitucional

---

1 *Constitución Española 1978-1988*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, tomos I, II y III.

2 FRANÇA. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789.

francês, sem direitos garantidos e sem separação dos Poderes, não se pode falar de modo algum em Constituição"[3].

Inserido na Constituição espanhola de 1978, o modelo social é bastante abrangente e expressa verdadeiras regras de convivência social e econômica. Dentre as regras de trabalho se encontram o próprio trabalho como um direito do cidadão, mas também como um dever do Estado. Enquanto dever do Estado, deixa a Constituição espanhola espaço aberto para que do Estado se cobre trabalho e trabalho digno.

A fórmula do Estado social e democrático de Direito[4] da Constituição espanhola é, de um lado, tributária, decorrente do Estado de Direito liberal, que reconhece o princípio da legalidade, a hierarquia regulatória e a proteção judicial efetiva, e, de outro lado, recebe, consolida e expande as correções que as correntes intervencionistas, como a do reformismo conservador e o socialismo de cátedra, introduziram na Constituição anteriormente marcada pelo liberalismo ortodoxo.

Na História do Direito constitucional comparado, podem ser citados dois textos importantes que consolidaram a superação do liberalismo individualista puro e simples; são eles: a Constituição Mexicana de Querétaro de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919, e é nestas Leis Fundamentais que emerge, como um novo centro de imputação normativa, o trabalho humano e há o reconhecimento dele como direito fundamental, tanto de forma individual como coletiva.

Mas nem sempre foi assim na história do Direito Constitucional espanhol. Pode-se dizer que desde a sua origem até a Constituição da II República, apenas se encontra uma sutil aproximação ao trabalho, própria do ideário liberal, com o reconhecimento da liberdade de trabalho e indústria, bem como, da eleição de profissão ou ofício e não o direito ao trabalho propriamente dito. Na Constituição de Cadiz de 1812 há insignificantes referências ao trabalho, as quais podem ser exemplificadas no art. 25, que previa a suspensão "direitos do cidadão"[5] para que estes passassem ao chamado "estado de empregado doméstico" ou para aqueles que não tinham "emprego, ofício ou modo de viver conhecido"[6].

---

[3] Segundo o art. 16 dessa Declaração de Direitos de 1789: "*Toute Sociiti dans laquelle Ia garantie des Droits n'estpas assuréc, ni la separation des Pouvoirs déterminée, n'apoint de Constitution*". No mesmo sentido e na mesma altura, também a coeva Constituição americana, que na sua versão originária, em 1787, era praticamente só separação de poderes, logo passou também a ser, com a aprovação dos Aditamentos em 1798, direitos fundamentais e separação de poderes.

[4] Cfr., sobre su alcance, MORALES, Ángel Garrorena. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Madrid, 1984. También E. CARMONA CUENCA. *El Estado social de Derecho en la Constitución*. Madrid, 2000.

[5] O Título I da Constituição de 19 de março de 1812 limitava-se a aludir à "liberdade civil, propriedade e outros direitos legítimos de todos os indivíduos" que constituem a nação espanhola (art. 4º).

[6] O art. 25.6º da Constituição de 1812 previa que "A partir do ano de 1830 aqueles que voltassem

Na Constituição espanhola de 1837 é apresentada uma lista de direitos dos cidadãos espanhóis onde havia, em seu art. 5º a declaração que todos "são admissíveis nos empregos e cargos públicos, segundo seu mérito e capacidade", que era justificado como uma fórmula de alcançar a fortuna. Esse direito é reiterado também no art. 5º da Constituição de 1845 e volta a ser reconhecido na Constituição de 1856, contudo, acrescentando no art. 6º o esclarecimento de que "nenhuma distinção ou emprego público se exigirá a qualidade de nobreza", trazendo então pela primeira vez ao texto constitucional espanhol alguma regulamentação quanto ao acesso ao trabalho, no caso, do emprego público.

Posteriormente, com a Constituição de 1869, foram introduzidos no texto constitucional os direitos coletivos de reunião e associação genérica (art. 17), de liberdade dos estrangeiros de trabalharem na Espanha (art. 25) e o direito de acessar empregos e cargos públicos por mérito e capacidade (art. 27).

Em 1873 adveio a Constituição Federal da República Espanhola, que vigorou por 9 meses, e previa em seu preâmbulo os genéricos direitos de reunião e associação e a liberdade de trabalho. Esta Constituição dispunha que "nada impedirá, suspenderá, nem dissolverá nenhuma associação cujos estatutos sejam reconhecidos oficialmente e cujos indivíduos não contratem obrigações clandestinas" (art. 25) texto este que era aplicado as associações de empregadores e de empregados. Havia também no art. 27[7] a reiterada previsão de que os estrangeiros podiam estabelecer indústrias no país bem como de se dedicar a qualquer profissão no território espanhol.

A Constituição da Monarquia espanhola de 1876 proclamava em seu art. 12 que "cada um é livre para eleger sua profissão e de aprendê-la como melhor entenderem" e volta a reconhecer os direitos a "se reunir pacificamente" bem como o de "se associar para os fins da vida humana" (art. 13), e também o de "acender a empregos e cargos públicos segundo méritos e capacidades" (art. 15).

Desta forma, o Direito Constitucional espanhol do século XIX ao abordar a questão do trabalho o fez com perceptível moderação, uma vez que correspondia ao ideário liberal da época, e por este motivo o texto constitucional limitava-se a reconhecer o direito à liberdade de profissão ou comércio, bem como, de forma genérica, posteriormente à revolução de 1868, os direitos à reunião e associação, especificamente de empregadores e trabalhadores.

---

a exercer os direitos do cidadão deveriam saber ler e escrever", com a massa de analfabetos ficou fora desses direitos (exceto que o constituinte otimista pensava que o analfabetismo teria sido erradicado em 1830).

7 Profissões "para cujo exercício as leis não exijam habilitações emitidas pelas autoridades espanholas", conforme o referido art. 27.

O DIREITO AO TRABALHO NA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL ESPANHOL A PARTIR DA II REPÚBLICA

A II República espanhola, tem início com a Constituição promulgada em 9 de dezembro de 1931, que rompe significativamente com a tradição que perdurava até então de tratar o direito ao trabalho e suas regulamentações de forma moderada, e insere decisivamente os direitos trabalhistas básicos em seu texto. Não se pode ignorar os precedentes dessa inserção que antecipavam na Espanha o reconhecimento dos direitos sociais no texto constitucional, de tal maneira que a consagração constitucional do modelo social em substituição ao pré-existente, que era liberal e individualista, advém de um processo árduo de propostas e medidas de caráter reformista iniciado no fim do século XIX, com o surgimento dos movimentos sindicais organizados.

Essas iniciativas, claramente inspiradas no intervencionismo humanista, foram responsáveis por criar, a partir da Primeira Guerra Mundial, uma forte corrente ideológica do corporativismo, na qual, ao buscar soluções intermediárias entre o individualismo liberal e o coletivismo marxista, criaram mecanismos conjuntos para a regulação do trabalho e a resolução de conflitos que, mais tarde, terminou por criar a *Organización Corporativa Nacional de Primo de Rivera*[8].

Embora se trate de um antecedente frustrado, como muitos outros que tratavam sobre a matéria laboral na Espanha[9], cabe destacar que o Anteprojeto da Constituição da Monarquia espanhola de 1929 abordou abertamente o reconhecimento dos direitos sociais, muito alinhado com a atenção dada pelo Ministro Aunós[10] aos problemas trabalhistas do país. De fato, com a ditatura de Primo Rivera em 1923, em sua constituição foi agregado o reconhecimento tradicional da antiga liberdade de trabalho e escolha da profissão pelo cidadão espanhol, houve também a proclamação do dever do Estado de proteger o trabalho, garantir os "bens de família" e instituir mecanismos de segurança social, bem como reconheceu o poder regulador do Estado, o direito dos empregados de se associarem e da liberdade de greve, o que o texto constitucional chamou de liberdade de cessação do trabalho. Posteriormente, o anteprojeto constitucional de 1929 se propunha a endossar a organização corporativa do sistema de relações trabalhistas criadas no período em questão.

---

8 Vide: MELGAR, Alfredo Montoya. *Nuestra Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Madrid, 1992, p. 137 e ss.

9 Pense na longa série de projetos fracassados de Lei dos Contratos de Trabalho que ocorreram no primeiro quarto do século XX. Sobre eles: M.a T. MANCHA, Sonsa. *La emergência del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*. Madrid, 2002.

10 Eduardo Aunós Pérez foi um político e pensador espanhol, doutor em Direito, regionalista catalão, secretário de Francisco Cambó, Ministro de Miguel Primo de Rivera e presidente da XII Conferência Internacional do trabalho celebrada em Genébra. GUITIEREZ, Cecilia Lázaro. *Biografía política y pensamiento social de Eduarco Aunós (1894-1931)*. Santander, 2002.

O direito ao trabalho na Constituição da República Espanhola de 1931

As cortes constituintes da II República adotaram uma constituição com um perfil considerado social, visto que há uma clara influência do Direito Constitucional de Querétaro e Weimar. Assim, conforme Melgar[11] "*por primera vez en nuestra historia constitucional, se ocupa de un modo expreso y circunstanciado del trabajo assalariado*". Já em seu início, a Constituição republicana anunciava sua atenção para o trabalho, definindo a Espanha como "*una República democrática de trabajadores de toda clase que se organiza en régimen de Libertad y Justicia*" (art. 1°)[12], já em seu Título III que elenca os direitos e deveres dos espanhóis, em seu capítulo I que trata das garantias individuais e políticas, estabelece a liberdade tradicional de escolher uma profissão (art. 33) e acesso a empregos e cargos públicos por meio de mérito e capacidade (art. 40), e por fim, estabelece os direitos dos espanhóis em "*sindicarse libremente*" e trazendo a obrigação dos sindicatos em proceder com o registro nos órgãos públicos (art. 39).

No Capítulo II, do mesmo Título I da Constituição de 1931, onde há a regulação da família, econômica e cultural, e importantes limitações do direito de propriedade (art. 44) há que se destacar o extenso art. 46 que estabelece:

> **El trabajo**, em sus diversas formas, **es uma oblicación social, y gozará de la protección de las leyes**.
>
> La República assegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de uma existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermidad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de la mujeres y jóvenes y especialmente la protección a la maternidade; las vacaciones anuales remuneradas; las conciciones del obrero español em el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económica cojurídica de los factores que integram la procución, la participación de los obreiros em la dirección; la administración y los benefícios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores[13]. (grifo meu)

---

[11] MELGAR, Alfredo Montoya. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Madrid, 1992, p. 216.

[12] "Pela primeira vez em nossa história constitucional, trata-se de forma expressa e circunstancial do trabalho assalariado". Já em seu início, a Constituição republicana anuncia a sua atenção ao trabalho, definindo a Espanha como "uma República democrática dos trabalhadores de todas as formas que se organiza sob o regime de Liberdade e Justiça" (tradução livre).

[13] O trabalho, nas suas diversas formas, é uma obrigação social e gozará da proteção da lei. A República assegurará a todos os trabalhadores as condições necessárias a uma existência digna. Sua legislação social regulará: os casos de seguro doença, acidente, desemprego forçado, velhice, invalidez e morte; o trabalho das mulheres e dos jovens e, especialmente, a proteção

Então se verifica no texto constitucional de 1931 o programa laboral da República, visto que reconhece o trabalho como uma obrigação social e que gozará da proteção das leis. Há também a previsão de que a República garantirá as condições necessárias de uma existência digna a todo trabalhador, o que claramente reitera o papel intervencionista do Estado no acesso ao trabalho e nas condições desse trabalho.

De forma muito detalhada o artigo em questão também concede ao Estado a competência de legislar em relação ao trabalho e também de regulamentar uma série de questões: seguro social (doença, acidente, desemprego forçado, velhice, etc.), incapacidade e morte, trabalho das mulheres e jovens, e concede proteção especial à maternidade, jornada de trabalho e salário mínimo familiar, férias anuais remuneradas, condições de trabalho do espanhol no exterior, instituições de cooperação, relação econômico-jurídica dos fatores de produção, participação dos trabalhadores na direção, administração e benefícios das empresas e tudo o que afeta a defesa dos trabalhadores.

No art. 47 do texto constitucional de 1931 há mais competências dadas ao Estado quando menciona que:

> Articulo 47°
>
> La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras matérias, sobre el patrimonio familiar inembargale y extento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por perdida de las cosechas, cooperativas de produción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para Riego y vias rurales de comunicación.
>
> La República protegerá en términos equivalentes a los pescadores.
>
> Articulo 48
>
> (...)
>
> La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de sua actividad metodológica y se inspirará em ideales de solidaridad humana (...)[14].

---

da maternidade; férias anuais remuneradas; as condições do trabalhador espanhol no exterior; instituições de cooperação; a relação econômica dos fatores que compõem o processo, a participação dos trabalhadores na gestão; a administração e os benefícios das empresas, e tudo o que afeta a defesa dos trabalhadores. ESPANHA. *Constitución Española de 1931*. Disponível em: <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf>.

[14] Art. 47 – A República protegerá o camponês e, para tanto, legislará, entre outras matérias, sobre o patrimônio familiar sem vinculá-lo e isentando toda espécie de impostos, crédito agrícola, indenização por perdas de safra, cooperativas de produção e consumo, fundos de previdência, escolas práticas de agricultura e quintas de experimentação agrícola, obras de irrigação e vias de comunicação rural. A República protegerá os pescadores em condições equivalentes. Art. 48 (...) O ensino será laico, fará do trabalho o eixo de sua atividade metodológica e se inspirará em ideais de solidariedade humana ESPANHA. *Constitución Española de 1931*. Disponível em: <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf>.

Assim, o legislador constituinte se encarregou da República de proclamar também a proteção dos trabalhadores rurais e pescadores e de considerado o trabalho como o eixo da metodologia de ensino. Por fim, a Constituição de 1931 atribuía ao Estado central a legislação social, sem prejuízo de sua execução pelas regiões autônomas (art. 15.1).

A Jurisdição do Trabalho – *El Fuero del Trabajo*

O *Fuero del Trabajo* é uma das sete leis fundamentais do regime franquista que foi elaborada e aprovada em 1938, antes do fim da guerra civil, e é formulado em estilo retórico e doutrinário, típico dos textos trabalhistas de outras países, como o da Carta do Trabalho Italiano de 1926, Lei nacional do trabalho alemão de 1934 e o Estatuto nacional português do trabalho de 1933 e também se assemelha em muito a *Carta del Lavoro* promulgada na Itália por Edmondo Rassoni e pelo Grande Conselho Fascista Italiano em abril de 1927.

O texto em questão é próprio da ideologia falangista, que foi um movimento político antes de Franco, que exerceu grande influência sobre a questão trabalhista e a mídia no decorrer da guerra civil e da ditatura, e entre seus principais pontos estão a regulamentação do dia do trabalho, o descanso e a criação da *Magistratura del Trabajo* e *los sindicatos verticales*, os quais agrupam empregados e trabalhadores, e eram subordinados às decisões do Estado, sofrendo significativa alteração em 1958, por meio da *Ley de Convenios Colectivos* e continua a regular as relações de trabalho na Espanha até a edição do Estatuto dos Trabalhadores, já no regime democrático.

Foi por meio desta declaração que o trabalho na Espanha passou a ser considerado tanto um direito como um dever. Repita-se: é justamente em 1958 que a Espanha resolveu inovar, transformando o trabalho num dever do Estado para com os seus cidadãos. É aqui que surge esta questão do dever! Vejam:

> 1. El trabajo es la participación del hombre en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, según la personal vocación, en orden al decoro y holgura de su vida y al mejor desarrollo de la economía nacional.
>
> 2. Por ser esencialmente personal y humano, el trabajo no puede reducirse a un concepto material de mercancía, ni ser objeto de transacción incompatible con la dignidad personal de quien lo preste.
>
> 3. **El derecho de trabajar** es consecuencia del **deber** impuesto al hombre por Dios, para el cumplimiento de sus fines individuales y la prosperidad y grandeza de la Patria.
>
> 4. El Estado valora y exalta el trabajo, fecunda expresión del espíritu creador del hombre y, en tal sentido, lo protegerá con la fuerza de la ley, otorgándole las máximas consideraciones y haciéndole compatible con el cumplimiento de los demás fines individuales, familiares y sociales.

> 5. **El trabajo, como deber social**, será exigido inexcusablemente, en cualquiera de sus formas, a todos los españoles no impedidos estimándolo tributo obligado al patrimonio nacional.
>
> 6. El trabajo constituye uno de los más nobles atributos de jerarquía y de honor, **y es título suficiente para exigir la asistencia y tutela del Estado**.
>
> 7. Servicio es el trabajo que se presta con heroísmo, desinterés o abnegación, con ánimo de contribuir al bien superior que España representa.
>
> 8. **Todos los españoles tienen derecho al trabajo. La satisfacción de este derecho es misión primordial del Estado**[15]**.** (grifo meu)

Desta forma, é importante observar que foi por meio do *Fuero del Trabajo* que a dicotomia do direito-dever ao trabalho passou a existir no ordenamento jurídico espanhol, bem como passou a delegar ao Estado a satisfação desse direito. O *Fuero* também concebe um sistema sindical baseado na "união vertical" integrada na "organização sindical nacional do Estado", de onde algumas declarações do *Fuero de los Españoles* (1945) são inspiradas e até reiteradas, tais como: o trabalho não é uma mercadoria; a empresa é uma comunidade de técnica, trabalho e capital; o trabalhador tem direito a um salário suficiente para a cobertura de infortúnios etc. O mesmo ocorre com a *Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional* (1958) ao tratar sobre a concepção dos sindicatos, empresas, justiça social e garantia pelo Estado de condições dignas de trabalho etc.

---

[15] 1. Trabalho é a participação do homem na produção através do exercício voluntário das suas faculdades intelectuais e manuais, de acordo com a sua vocação pessoal, para o decoro e comodidade da sua vida e para o melhor desenvolvimento da economia nacional.

2. Por ser essencialmente pessoal e humano, o trabalho não pode ser reduzido a um conceito material de mercadoria, nem ser objecto de transacção incompatível com a dignidade pessoal de quem o presta.

3. O direito ao trabalho é consequência do dever imposto ao homem por Deus, para o cumprimento das suas finalidades individuais e para a prosperidade e grandeza da Pátria.

4. O Estado valoriza e exalta o trabalho, expressão fecunda do espírito criador do homem e, neste sentido, irá protegê-lo com força de lei, outorgando-lhe as mais altas considerações e compatibilizando-o com o cumprimento de outras finalidades individuais e familiares e social.

5. O trabalho, como dever social, será indesculpávelmente exigido, em qualquer das suas formas, a todos os espanhóis desimpedidos, considerando-o uma homenagem obrigatória ao património nacional.

6. O trabalho constitui um dos atributos mais nobres de hierarquia e honra, e é título suficiente para exigir a assistência e tutela do Estado.

7. Serviço é o trabalho que se realiza com heroísmo, abnegação ou abnegação, com o objetivo de contribuir para o bem maior que a Espanha representa.

8. Todos os espanhóis têm direito ao trabalho. A satisfação deste direito é a principal missão do Estado. ESPANHA. Decreto de 9 de marzo de 1938, aprobando el Fuero del Trabajo. Disponível em: <https://www.e-torredebabel.com/leyes/constituciones/fuero-del-trabajo-1938.htm>. Acesso em: 30 de abril de 2020.

Com as correções introduzidas em 1967 pela *Ley Orgánica del Estado, las Leyes Fundamentales* da era Franco, que visavam mais alterações na forma do que na substância, *El Fuero de Trabajo* sobreviveu até a sua revogação definitiva pela atual Constituição de 1978.

O direito ao trabalho na Constituição espanhola de 1978

Na primeira metade do século XIX o trabalho foi incorporado nas Constituições como a "liberdade de trabalhar", perdurando como tal até a primeira metade do século XX. A partir disso é que o trabalho passou a ser considerado como uma proposta de se alcançar o pleno emprego; isso se deu a partir das Constituições progressistas promulgadas na segunda metade do século XX, mesmo que à aquela época o trabalho ainda não fosse um dever do Estado para os cidadãos.

A Constituição espanhola de 1978 surgiu neste contexto, localizando o direito ao trabalho na parte em que se dedica aos direitos fundamentais, apresentando a marcante característica de uma Constituição social, pois incorporava os institutos de forma progressiva, como era característico dos textos internacionais e regionais existentes na segunda metade do século XX, entretanto lhe dando o *status* de direito-dever.

Criada posteriormente aos anos da ditadura franquista (1939-1975) a Constituição espanhola de 1978 não foi inovadora na incorporação do direito ao trabalho. Este, na qualidade de direito-dever já estava presente em algumas Constituições europeias vigentes, por exemplo: a Constituição italiana de 1947[16], a Constituição francesa de 1946[17], e a Constituição portuguesa de 1976[18].

Na própria Espanha essa ideia já havia sido formulada na Constituição de 1931 que aduzia em seu art. 46 que "o trabalho em suas diversas formas é uma obrigação social", de modo que é perceptível que o direito ao trabalho era característico do tradicional constitucionalismo social, principalmente nos textos constitucionais do pós-guerra.

Assim, quando incorporado à Constituição espanhola de 1978, ainda vigente, o art. 35.1 declara que:

> Todos los españoles tienen el **deber de trabajar y el derecho al trabajo**, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y

---

16 Art. 1° – L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.
Art. 4° – La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

17 Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi.

18 Art. 58 – Todos têm direito ao trabalho.

> las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo (art. 35.1, Tít. I, Cap. II, CE)[19]. (grifo meu)

Verifica-se, portanto, que para o constituinte espanhol o trabalho é primeiramente um dever, mas também é um direito do cidadão espanhol, o que o torna extremamente complexo ao estabelecer essas duas facetas do mesmo instituto.

O espírito da Constituição espanhola e o direito ao trabalho

Pode-se observar por meio do conteúdo dos Diários das Sessões do Congresso e do Senado de 1978 que o texto do art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978, que se refere ao direito ao trabalho, não sofreu modificações, de forma geral, ao que foi proposto inicialmente no anteprojeto constitucional, bem como seguiu as pautas marcadas por meio do acordo prévio do Pacto de Moncloa[20].

Uma alteração importante em relação ao art. 35.1 se dá na inversão imposta ao termo "direito-dever", visto que, no anteprojeto da Constituição o direito vinha anterior ao dever; contudo, com as emendas apresentadas passou a constar no texto constitucional como um "dever-direito", ficando desta forma no texto aprovado. Isto significa que o constituinte espanhol enfatizou o trabalho como dever antes de ser um direito, e talvez esteja essa ênfase uma mera preferência semântica em termos didáticos para o leitor e para o ouvinte, não se podendo afirmar que, juridicamente falando, de fato o trabalho seja mais um dever do que um direito.

No texto do anteprojeto a redação foi concebida do seguinte modo:

> Título II: Derechos y deberes fundamentales
>
> Capítulo II: Libertades Civiles
>
> Artículo 30
>
> 1. Todos los españoles tienen **derecho al trabajo y el deber de trabajar**. Se reconoce el derecho a la libre elección dd profesión u oficio y a la promoción personal a través del trabajo.

---

[19] Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre escolha da profissão ou do comércio, à promoção pelo trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer as suas necessidades e as de sua família, sem em nenhum caso poder discriminar com base no sexo. Constitución Española 1978-1988, tomos I, II y III. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

[20] Os Pactos de la Moncloa assinados em 27/10/1977 entre o governo e os representantes dos grupos parlamentares não representaram um "pacto social" senão um acordo político fora das Câmaras Legislativas, sobre aspectos chaves que tinham sido acordados previamente, para manter um equilíbrio econômico e democrático. RIVERO LAMAS, J. *El desarrollo de la constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982, p. 42.

> 2. Los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades de su vida personal y familiar. En ningún caso podrá hacerse discriminación por razón de sexo.
>
> 3. Para hacer efectivo el derecho reconocido en los párrafos anteriores, la ley regulará un estatuto de los trabajadores[21]. (grifo meu)

Assim, é clara a inversão dos termos se compararmos com texto aprovado pela assembleia constituinte de 1978. O texto do art. 30 do anteprojeto foi objeto de análise e reflexão por vários integrantes da Comissão de Assuntos Constitucionais e Liberdades Públicas, mas não sofreu tantas emendas se comparado aos demais textos do mesmo capítulo.

Um dos constituintes espanhóis foi Gómez de las Roces[22] que propôs a seguinte redação:

> Art. 30: Todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de trabajar. Se reconoce el derecho a la libre elección de profesión o profesión y a la promoción personal a través del trabajo**. Las autoridades públicas estarán especialmente obligadas a proporcionar los medios necesarios para la efectividad del pleno empleo** que garanticen a todos la participación responsable en el trabajo y una remuneración adecuada a las necesidades de la vida personal y familiar. En ningún caso se discriminará por razón de sexo. (grifo meu)

De acordo com o Boletim Oficial das Cortes n. 82, uma vez apresentadas as emendas ao Anteprojeto de Constituição, o art. 30 que trata sobre o direito ao trabalho passou a ser o art. 33 do Projeto que foi apresentado ao Congresso, sendo os itens 1 e 2 unidos em um só. Assim, foi aceita pelo Congresso apenas a parte formal da emenda de Gómez de la Roces, que propunha garantir o pleno emprego[23].

---

[21] Todos os espanhóis têm direito e dever de trabalhar. O direito à livre escolha de profissão ou comércio e à promoção pessoal pelo trabalho é reconhecido. 2. Os trabalhadores têm direito a uma remuneração suficiente para atender às necessidades de sua vida pessoal e familiar. Em nenhum caso pode ser feita discriminação com base no sexo. 3. Para tornar efetivo o direito reconhecido nos números anteriores, a lei regula o estatuto dos trabalhadores. CONGRESO, Espanhol. *Publicaciones Oficiales*. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF>. Acesso em: 02 maio 2020.

[22] Art. 30: Todos os espanhóis têm direito ao trabalho e dever de trabalhar. É reconhecido o direito à livre escolha da profissão ou profissão e promoção pessoal pelo trabalho. As autoridades públicas serão especialmente obrigadas a proporcionar os meios necessários à eficácia do pleno emprego que garantam a todos uma participação responsável no trabalho e uma remuneração adequada às necessidades da vida pessoal e familiar. Em nenhum caso discriminará com base no sexo. Boletín Oficial de las Cortes n. 82, de 17/04/78.

[23] Gómez das Roces, propôs uma redação refundida dos incisos 1 e 2, pretendendo pôr "ênfase num fator tão importante para a promoção humana e para a estabilidade social como o do pleno emprego e o da participação (não só remuneração) no trabalho".

Já no que tange à obrigatoriedade de realização pelo Estado de políticas públicas que permitissem o pleno emprego no então art. 35, que compunha o Capítulo Terceiro, que tratava dos Princípios Reitores da Política Social e Econômica, trazia a seguinte redação:

> Las autoridades públicas asumen la obligación prioritaria de promover una política que garantice el pleno empleo y la formación y readaptaciones profesionales (…)[24]

Pode-se perceber então que o constituinte de 1978 foi conivente com a incorporação do dever e do direito ao trabalho na parte que se dedicava aos direitos fundamentais. Todavia, a garantia e promoção do pleno emprego optou por inseri-la no capítulo que trata do princípio reitor das políticas governamentais.

Contudo, embora os deputados tenham aprovado incluir a garantia do pleno emprego entre os Princípios Reitores, alguns estavam preocupados com a real possibilidade de que o Estado pudesse honrar tal compromisso constitucional, ficando então o texto constitucional definitivo da seguinte forma:

> Artículo 35
>
> 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.
>
> 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores[25].

O Senador Matín-Retortillo[26], na época em que os debates a respeito da nova Constituição estavam sendo realizados, acreditava que o artigo acima transcrito não tinha sofrido modificações significativas e sim que o conteúdo possuía uma grande conotação política e tentava, em sua argumentação, que o artigo fosse fiel às declarações internacionais.

Para o Senador havia claro indício de que era impossível se alcançar determinados direitos que dependiam de uma mediação dos setores públicos, tal qual

---

[24] As autoridades públicas assumem a obrigação prioritária de promover uma política que garanta o pleno emprego e a formação e reconversão profissional. *Diário das Sessões dos Debates Parlamentares do Projeto de Constituição Espanhola*. BOC n. 121, Pleno do Senado.

[25] Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre escolha da profissão ou do comércio, à promoção pelo trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer as suas necessidades e as de sua família, sem em nenhum caso poder discriminar com base no sexo.

2. A lei regulará o estatuto dos trabalhadores. *Diário das Sessões dos Debates Parlamentares do Projeto de Constituição Espanhola*. BOC n. 121, Pleno do Senado.

[26] MARTÍN-RETORTILLO, L. El orden económico y el trabajo en la Constitución. *In:* LAMAS, Juan Rivero. *El desarrollo de la constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.

o direito ao trabalho, trazendo aos juristas da época as problemáticas de possuir um direito-dever ao trabalho no texto constitucional, onde seria obrigação do Estado o fomento de políticas econômicas para que esse direito fosse garantido.

DICOTOMIA DO DIREITO-DEVER DE TRABALHAR NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

De um lado a Constituição dá ao trabalho o *status* de norma constitucional fundamental, visto que inserido no capítulo que se destina aos direitos fundamentais e o reconhece, na segunda parte do artigo, como um direito, garantindo ao cidadão espanhol a livre eleição de profissão e ofício, e uma remuneração suficiente para o sustendo do trabalhador e de sua família, sendo este já garantido em outras leis fundamentais, tais como no art. 12, inciso 1, da Lei Fundamental de Bonn; no art. 51º da Constituição portuguesa de 1976; no Preâmbulo da Constituição francesa de 1946, expressamente vigente pelo que consta no texto da de 1958; nos arts. 4º, 35, 3º e 37 da Constituição italiana.

Ainda, além de outras Constituições preverem tais preceitos, eles podem ser encontrados também nas normas internacionais, que com certa frequência fazem referência aos direitos ao trabalho, previstos no art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978, tais como: a Carta Social Europeia de 1961; os arts. 6º e 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966; bem como nos próprios tratados constitutivos das Comunidades e da União Europeia.

Por outro lado, e é aqui que mora a complexidade desse artigo, ele reconhece o trabalho como um **dever** de todo cidadão espanhol. Essa dicotomia do direito-dever também não é uma novidade trazida pela Constituição espanhola de 1978, pois tal binômio já estava previsto em diversas normas internacionais e Constituições nacionais, bem como de forma implícita na ideologia liberal burguesa presente na origem da legislação trabalhista que é baseada principalmente na ética protestante.

A Constituição francesa de 1946, em seu Preâmbulo (ainda em vigor na carta de 1958), trazia a ligação entre os princípios de liberdade, política e sociais da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e os princípios econômicos e sociais ao declarar que *"chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi"*[27].

A dicotomia em questão também está presente na doutrina social da Igreja, que sustentou a relação direito-dever ao trabalho, mesmo que de forma intrínseca no contexto das Encíclicas. Há também a afirmação de que "o homem tem

---

[27] CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Les Constitutions dans L'Histoire* – Le Préambule de 1946. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-preambule-de-1946>. Acesso em: 29 abr. 2020.

por si mesmo direitos e deveres que dimanam da sua própria natureza"[28] na *Pacem in Terris*, todavia, na Encíclica *Laborem Exercens* de João Paulo II, há a maior relevância dada ao direito social do trabalho[29].

Já em relação às normas internacionais que versam sobre o binômio direito--dever, não se pode deixar de citar o art. 14 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem que aduz que "o direito ao trabalho e a uma justa retribuição"[30] que leva em consideração o "dever de trabalhar" já estabelecido no art. 37 da mesma declaração o qual diz "toda pessoa tem o dever de trabalhar, dentro da sua capacidade e possibilidades, com a finalidade de obter recursos para a sua subsistência ou em benefício de sua comunidade"[31]. Nota-se, portanto, que o trabalho é uma meta dada ao ser humano que se fundamenta na necessidade de integração do homem para com a sociedade e o mundo.

Desta forma, o dever de trabalhar está inteiramente ligado à obrigação do Estado e da sociedade em proporcionar a todo ser humano um trabalho digno. É por esta razão que inúmeras ações judiciais têm sido interpostas contra o Estado espanhol, considerando-o obrigado a conseguir um trabalho para os seus cidadãos.

O direito ao trabalho então deve ser correlacionado com o dever de trabalhar, quer como dever moral do cidadão para com a sua comunidade, quer com a função de limitar o direito subjetivo ao trabalho e uma possível reclamação do cidadão aos poderes públicos. Isso porque, conforme o Tribunal Constitucional espanhol, o Estado no momento de formular políticas relacionadas ao trabalho deve ter como base o "direito-dever"[32] em cumprimento ao regulado no art. 40.1 da Constituição espanhola que dispõe que

> Artículo 40
>
> 1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progresso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo[33].

---

28 PABLO II, Juan. *Carta Encíclica Pacem in Terris*, 1963. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

29 RIVERO LAMAS, J. *Génesis y desarrollo de la política de concertación social en las relaciones laborales.* En El desarrollo de la Constitución Española de 1978. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.

30 OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948.

31 OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948.

32 *Sentencia do Tribunal Constitucional da Espanha:* STC 22/1981, de 2 de julho.

33 Os poderes públicos devem promover condições favoráveis ao progresso social e econômico e a uma distribuição mais equitativa da renda regional e pessoal, no âmbito de uma política de

Sendo então destacado para esta análise o reconhecimento que o próprio Tribunal Constitucional espanhol faz em relação ao direito ao trabalho "existente para todos os membros da sociedade, de acordo com o mandato do art. 35.1, embora devem limitar-se certas pretensões individuais, ou regular o emprego, em benefício da dimensão coletiva deste direito"[34].

Para Alarcón Caracuel o binômio direito-dever, deve ser interpretado de forma conjunta, contudo, em relação ao dever de trabalhar faz duas ressalvas:

> O dever de trabalhar não deve ser interpretado como trabalho forçoso, dado que está expressamente proibido no artigo 25.
>
> Tampouco pode ser entendido com referência às prestações obrigatórias, às quais se faz menção no artigo 30[35].

Então, de forma positiva o dever ao trabalho pode ser entendido como uma complementação ao direito de trabalhar, ou, de outra forma como uma maneira de coação inadmissível no próprio texto constitucional em seu art. 25. Trata-se, portanto, de algo mais geral e difuso, que deve ser compreendido como a obrigação de desempenhar um oficio ou função que colabore para o progresso material e espiritual da sociedade na qual aquele cidadão está inserido, sob a livre escolha deste trabalho, preceito previsto também na Constituição italiana no art. 4°.2.

Não obstante, para Sastre Ibarreche[36] a vinculação trazida pela Constituição espanhola do direito ao trabalho e do dever de trabalhar, replicado em outros textos constitucionais modernos, trata-se apenas de um reflexo histórico que não implica, necessariamente, uma ligação sistemática entre ambos.

Corroborando com essa ideia de desvinculação Alexy[37] acredita não haver uma ligação entre o direito e o dever de trabalhar, todavia, o "dever-direito" implica em um duplo compromisso assumido pelo Estado na constituinte para com os cidadãos espanhóis, ou seja, lhes permite gozar do direito ao trabalho com a prerrogativa de livre escolha da profissão ou oficio, mas também lhes impõe esse dever.

---

estabilidade econômica. De forma especial, levarão a cabo uma política de pleno emprego. Constitución Española 1978-1988. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, tomos I, II y III.

34 *Sentencia do Tribunal Constitucional da Espanha:* STC 22/1981, de 2 de julho.

35 CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. *Constitución y Derecho del Trabajo:* 1891-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992.

36 IBARRECHE, Rafael Sastre. *El Derecho al trabajo.* Madrid: Trotta, 1996.

37 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Desta forma, para Alexy, fica a sociedade fica comprometida de forma total, visto que de forma simultânea é um sujeito de direito e um sujeito de dever (credora e devedora) segundo os Princípios Reitores da Política Social e Econômica previstas nos arts. 39 a 52, do capítulo II, Título I que se referem aos Direitos Fundamentais da Constituição espanhola de 1978.

Todavia, de um outro lado essa dicotomia presente no texto constitucional espanhol tem como consequência que, se o Estado não garantir o pleno emprego dificilmente isso resultaria em poder exigir o cumprimento do dever de trabalhar. Isso fica evidenciado em vários momentos na história da Constituição espanhola de 1978, e um exemplo disso são os Diários de Sessões do Congresso Constituinte de 1978, em que houve diversas críticas a este paradoxo de um direito-dever ao trabalho estabelecido numa a uma economia de livre mercado.

Direito ao trabalho e o espírito constitucional

Objetivando uma análise material dos *Diarios de Sesiones – Debates en la Comisión del Senado* se pode conhecer, por meio de uma entrevista de dois constituintes, de forma direta o espírito da Constituição espanhola de 1978, no que se refere ao dever-direito ao trabalho. São eles Emilio Gastón[38] e Hipólito Gomez de las Roces[39], que tiveram participação significativa na inserção desse tema no texto constitucional.

Para Gastón o art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978 foi pactuado previamente ao início das sessões, havendo pouca possibilidade de modificação quando debatido pelos parlamentares. Para ele, "não se pode negar que houve entendimentos prévios sobre questões fundamentais, que são normais que existam em qualquer lugar e legislatura"[40].

Gastón, ao ser questionado se compreendia que, ao declarar o trabalho como um direito no primeiro inciso estava se referindo só ao emprego ou ao trabalho em geral, e então responde:

> Tratava-se do direito a trabalhar, em sentido amplo, em qualquer atividade e não meramente a possuir um emprego,... entendendo-se que o direito declarado nesse artigo teria que ser desenvolvido por leis posteriores e, portanto, não outorgava uma ação pública ao cidadão[41].

Percebe-se, portanto, que o direito ao trabalho é tratado pelo próprio constituinte como um direito amplo, abrangendo não só o direito ao trabalho formal,

---

38 Emilio Gastón foi constituinte pelo Partido Socialista de Aragão e porta-voz do Grupo Misto Parlamentar.

39 Hipólito Gómez de las Roces, deputado constituinte pelo Partido Aragonês Regional.

40 DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 184.

41 DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 185.

aquele com vínculo de emprego, mas ao trabalho em sentido amplo, carecendo de uma regulamentação que deveria ser feita por legislações posteriores à Constituição promulgada.

Há também posicionamento de Gastón no que se refere a inserção do direito ao trabalho no capítulo que se destina aos direitos fundamentais, para ele:

> Sobre isso não existia dúvida nenhuma. O trabalho é um direito fundamental e esse é o espírito da Constituição, mesmo existindo a certeza das dificuldades que se apresentariam aos poderes públicos
>
> para efetivizá-lo[42].

Desta forma, para Gastón, o espírito da Constituição espanhola de 1978 é realmente conceder *status* de direito fundamental ao trabalho, e por isso houve a inserção deste no capítulo específico, todavia, reconhece que isso causaria, posteriormente, alguns problemas ao Estado no momento de garanti-los aos cidadãos espanhóis.

Já para Gómez de las Roces, um dos poucos constituintes que apresentou emenda[43] ao art. 35.1, ao ser questionado em relação ao *status* de direito fundamental aduz:

> Quando V.S. apresenta, em 21 de janeiro de 1978, a sua emenda ao artigo 30, no inciso primeiro propõe que, para "...a promoção pessoal através do trabalho, os poderes públicos estarão especialmente obrigados a proporcionar os meios necessários para conseguir a efetividade do emprego..." Estava pensando nesse momento que o direito ao trabalho somente se poderia se efetivar através do pleno emprego? Ou pensava que o pleno emprego era uma meta, mas que os poderes públicos deveriam realizar políticas para garantir o trabalho em geral, inclusive os autônomos, os de serviços do lar, sociais etc.?
>
> Meu pensamento estava mais próximo à segunda dessas hipóteses.
>
> Considera que ao aprovar-se "o dever e o direito ao trabalho", de acordo à redação do atual artigo 35.1. CE, os constituintes estavam pensando num significado amplo do trabalho, como direito fundamental, embora não se tenha incluído entre os direitos reforçados da Seção Primeira do Capítulo II?
>
> Pensava-se num significado amplo do trabalho, mas também se pensava em não formular declarações meramente pragmáticas[44].

---

42 DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 185.

43 Emenda Constitucional n. 43.

44 DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 185-186.

Nota-se, portanto, que para Gómez de las Roces, principalmente na última parte de sua declaração, que o espírito da Constituição espanhola não aceitava que o dever-direito ao trabalho fosse meramente uma declaração, mas sim que se tratava de uma dicotomia complexa e vinculativa de direitos e deveres recíprocos, seja do Estado seja do cidadão espanhol.

Entretanto, mesmo que não se referindo especificamente ao direito ao trabalho, Peces-Barba[45], que foi um dos relatores do anteprojeto constitucional, acreditava que os direitos fundamentais previstos no Capítulo II, Seções 1ª e 2ª eram "aqueles cujo desenvolvimento tem que se fazer por lei, com a garantia que esta lei deverá respeitar seu conteúdo essencial, recolhido na Constituição, e por isto fundamentais"[46].

Esta opinião é reiterada pelo deputado em sua obra *Textos Básicos de Derechos Humanos* de 2001 ao escrever que *"Los derechos del Capitulo II tienen pleno efecto directo"*[47]. Permite-se, portanto, aduzir que este constitucionalista, que teve grande relevância no processo constituinte espanhol de 1978, também acredita que o espírito da Constituição ao tratar do direito ao trabalho, constante no art. 35.1, é considerá-lo um direito fundamental.

Desta forma, considerando os relatos de alguns dos constituintes espanhóis, bem como o art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978, declarado na forma do constitucionalismo social, das declarações internacionais e os convênios supraestatais se pode verificar que era pensado o direito ao trabalho como idealizador da dignidade da pessoa humana na forma de um direito fundamental.

O direito ao trabalho e a obrigação do Estado espanhol

Ao se partir de uma análise sistemática do direito ao trabalho do art. 35.1, inserido no Capítulo II, Título I que trata dos direitos fundamentais, faz-se necessária uma análise conjunta dele com o art. 53.1:

> Artículo 53
>
> 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título **vinculan a todos los poderes públicos**. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)[48]. (grifo meu)

---

45 Deputado pelo Partido Socialista, foi um dos redatores do Anteprojeto constitucional.

46 MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos fundamentales.* Madrid: Universidad de Madrid, 1983, p. 163.

47 MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Textos Básicos de Derechos Humanos.* Elcano: Aranzadi, 2001.

48 Os direitos e liberdades reconhecidos no segundo Capítulo deste Título vinculam todos os poderes públicos. Só por lei, que em todo o caso deve respeitar o seu conteúdo essencial, pode

Desta forma, considerando o art. 35.1 que estabelece que todo cidadão espanhol tem direito ao trabalho, e o art. 53.1 que vincula a todos os poderes públicos os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II da Constituição, tem-se como resultado uma obrigação conferida constitucionalmente ao Estado na efetivação, reconhecimento e garantia deste direito.

Assim, todos os poderes públicos estariam não só obrigados a reconhecer tal direito, mas também, dentro de suas esferas de atuação, em implementá-lo por meio de leis, ações e políticas públicas, objetivando o pleno emprego, conforme art. 40.1[49].

Por meio de uma interpretação do conteúdo da tutela do direito ao trabalho na, Alarcón Caracuel entende de três formas a vinculação do Estado pelo art. 53.1 e o art. 35.1 no que se refere a efetivação do direito ao trabalho:

> Como uma mera orientação ao legislador e aos poderes públicos em geral;
>
> Como uma autêntica obrigação por parte dos poderes públicos em geral e, muito especialmente para o Legislativo, sobre o qual caberia um controle negativo, podendo-se recorrer por anticonstitucionalidade ante a omissão do ordenado; e
>
> Como um direito de crédito contra o Estado, constitucionalmente outorgada a todos os cidadãos, sendo diretamente acionável frente aos poderes públicos com a pretensão de obter um trabalho.

Para o autor, por um lado a primeira hipótese pode ser descartada, pois a considera incompatível com os textos constitucionais, por outro lado também descarta a terceira hipótese visto que defendida por uma minoria de juristas, em razão de não ser possível encontrar a possibilidade de aplica-la em uma economia de mercado pautada na livre empresa, presente no texto constitucional espanhol. Então, para ele, partindo da vinculação do direito ao trabalho com os poderes públicos, há uma real obrigação de legislar neste sentido e colocar em prática políticas que garantam o exercício pleno deste direito pelos cidadãos espanhóis, condicionando ao mesmo tempo, com a situação econômica, bem como com a não colisão com a liberdade de mercado.

---

ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades, os quais serão protegidos de acordo com o disposto no art. 161, 1. Constitución Española *1978-1988*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, tomos I, II y III.

[49] Artículo 40

1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progresso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.

Todavia, Abramovich e Courtis[50] se posicionam favoravelmente na defesa da exigibilidade dos direitos sociais e também defendem que é necessário compreender o direito ao trabalho no âmbito das obrigações negativas e positivas e que cabe ao Estado cumprir, sem que este possa justificar a morosidade na implementação de políticas púbicas, nas dificuldades econômicas do pais. Importante ressaltar que os autores defendem que para uma plena implementação do direito ao trabalho é necessário, além de políticas públicas de pleno emprego e ações dos poderes públicos, a utilização dos meios jurídicos na efetivação deste direito.

De igual modo, ao tratar sobre a natureza autêntica dos direitos subjetivos, que são característicos dos direitos fundamentais do Capítulo II, Pérez Tremps[51] entende que estes são plenamente exigíveis pelos cidadãos em face dos poderes públicos, inclusive por meio judicial. Para o autor qualquer cidadão espanhol que seja titular dos direitos compreendidos nos arts. 14 a 38 pode exigir ao Estado a sua efetivação, como por exemplo, o direito ao trabalho previsto no art. 35.

O cidadão espanhol como sujeito ativo na exigência do direito ao trabalho

Para alguns doutrinadores o titular dos direitos sociais é o homem, mas não na qualidade de indivíduo isolado, sim como parte de uma coletividade. Para Mauro Cappelletti:

> Aquilo que acima de tudo parece caracterizar os direitos fundamentais é o fato de que estes, os quais são usualmente atribuídos ao "homem" e também ao "individuo", são, na realidade, permeados de um valor que transcende o homem singular e investe a sociedade como um todo[52].

Assim o homem como sujeito de direitos sociais previstos constitucionalmente, como é o caso do dever-direito ao trabalho, deve levar em consideração a coletividade. Desta forma, os serviços públicos de forma geral são a materialização dos direitos sociais e não foram pensados para atender o sujeito de forma isolada, muito pelo contrário, estes são formulados para que toda uma coletividade os usufrua. Assim, a falta de serviços públicos garantidores dos direitos

---

50 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

51 TREMPS, Pablo Pérez. Los derechos fundamentales. *In: Derecho Constitucional*, v. 1: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Valencia: Tirant lo blanch, 1991.

52 CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale Delle Libertà*. Milão: Giuffrè, 1974.

sociais não remete a uma invasão do indivíduo, mas sim a um afronte à sociedade como coletividade, pois esta sofre de forma igual com a falta de efetividade dos direitos fundamentais constantes no texto constitucional, e com o direito ao trabalho a lógica é a mesma.

Certamente que em uma sociedade onde o direito ao trabalho é efetivamente garantido e todos têm acesso aos serviços públicos que o garantem, cada indivíduo goza das condições necessárias para o desenvolvimento de sua personalidade. Contudo, não se exclui um efetivo aproveitamento do mesmo gozo pela coletividade.

Partindo então do direito ao trabalho previsto na Constituição, não se encontram muitas teorias que sustentam que o homem, como cidadão espanhol, seja sujeito ativo de forma individual no reclamo desse direito fundamental, mas existem teorias que demonstram que há possibilidade de exigibilidade ao Estado pelo cidadão espanhol, na efetivação, garantia e reconhecimento deste direito.

É neste sentido que Abramovich e Courtis[53] observam que a ampliação das funções do Estado, no contexto do modelo de direitos sociais, não se tem garantido tecnicamente a efetivação de direitos subjetivos, como o do trabalho, sob o panorama do direito privado clássico, mas tampouco, não há nada que restrinja ou impossibilite a reclamação desses direitos, sejam ela de forma individual ou coletiva. Os autores também mencionam que o contexto político-ideológico, no qual os direitos subjetivos e garantias judiciais de tutela surgiram, foram concebidos no modelo do direito de propriedade, e, sendo assim, é necessário se conscientizar das limitações inerentes a este contexto. Todavia, essas particularidades não são suficientes para deslegitimar a reivindicação da efetivação desses direitos pelos poderes estatais, em caso de garantia e efetivação desses direitos sociais reconhecidos pela Constituição.

CONCLUSÕES

Dentro da história constitucional é possível perceber que o trabalho sempre esteve presente nas normas jurídicas de diferentes países bem como no âmbito internacional, e muitas vezes é considerado como pilar fundamental na construção de uma sociedade, como foi no caso da Carta Social Europeia de 1961, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, dos tratados constitutivos das Comunidades e da União Europeia, bem como em diversos outros tratados internacionais.

---

[53] ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

O trabalho, no contexto constitucional espanhol, não é diferente. Ele é considerado um direito fundamental e deve ser garantido a todo cidadão; todavia, há uma característica especial em relação a esse direito, para o legislador constitucional espanhol ele vem acompanhado de um dever de trabalhar, o que é conhecido pelo binômio direito-dever ao trabalho, presente no art. 35.1 da Carta espanhola.

Essa dicotomia entre direito e dever de trabalhar é extremamente complexa porque cria expectativas normativas nos trabalhadores e obrigações a serem cumpridas pelos Estados, as quais talvez não sejam desejadas ou assumidas por eles nos dias atuais, porém, não é uma novidade concebida pela Espanha, há diversas normas internacionais e Constituições nacionais que o preveem, citando-se como exemplo o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946 que trazia esse dever em seu texto, e no âmbito internacional a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Então, ao analisar a história constitucional da I e II República da Espanha, nota-se que o trabalho é pensado como um direito fundamental, porém passou a ser também um dever do cidadão, o que consequentemente vincula o Estado na promoção e garantia de um direito fundamental e ao mesmo tempo vincula o cidadão espanhol a um dever de trabalhar. Todavia, o próprio texto constitucional espanhol em seu art. 40.1 vincula ao Poder Público a promoção de condições favoráveis ao progresso social, econômico e para a distribuição de renda com o objetivo de alcançar a estabilidade econômica, e isso se dá por meio do trabalho, ou seja: não há como escapar! A Espanha deve fazer de tudo para que o emprego seja disponível a todos dentro do seu território.

Desta forma, o binômio direito-dever trata-se de um duplo compromisso assumido pelo Estado na constituinte, pois a sociedade fica de alguma forma comprometida, bem como o Estado espanhol também, o que resulta em crédito e débito de ambas as partes para com a outra. Então, cabe ao Estado a promoção e garantia desse direito fundamental e dever constitucional por meio de políticas públicas, conforme art. 53 da Constituição espanhola.

Então, há o direito e dever de trabalhar presente no art. 35.1 da Constituição que deve ser interpretado de forma conjunta ao art. 53.1 que vincula o Poder Público a garantia dos direitos e liberdades reconhecidas constitucionalmente, assim, tanto o Legislativo, Executivo e Judiciário têm a obrigação legal, dentro de suas competências de atuação, de reconhecer e garantir o direito-dever ao trabalho a todo cidadão espanhol. Ressalte-se que, sendo a Espanha um Estado-membro da União Europeia, o poder público espanhol deve garantir o mesmo direito-dever aos cidadãos dos outros países membros da União Europeia que sejam efetivamente domiciliados em território espanhol. Tal prerrogativa supranacional foi criada continentalmente pelo tratado de Maastricht e confirmado pelo tratado de Lisboa.

Desta forma, o direito fundamental ao trabalho está expressamente declarado na Constituição espanhola como um garantidor da dignidade humana e do Estado Social de Direito, o que implica diretamente no reconhecimento de que todo espanhol possui o direito a trabalhar e que concomitantemente cumpra o dever de exercer esse direito.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale Delle Libertà*. Milão: Giuffrè, 1974.

CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. *Constitución y Derecho del Trabajo:* 1891-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992.

CARMONA CUENCA, E. *El Estado social de Derecho en la Constitución*. Madrid, 2000.

CONGRESO, Espanhol. *Publicaciones Oficiales*. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF>. Acesso em: 02 maio 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Les Constitutions dans L'Histoire* – Le Préambule de 1946. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-preambule-de-1946>. Acesso em: 29 abr. 2020.

DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 184-186.

ESPANHA. *Boletín Oficial de las Cortes n. 82, de 17/04/78*. Madrid, 1978. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF>. Acesso em: 20 maio 2020.

ESPANHA. *Constitución Española 1978-1988*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, tomos I, II y III.

ESPANHA. *Constitución Española de 1931*. Disponível em: <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ESPANHA. *Decreto de 9 de marzo de 1938, aprobando el Fuero del Trabajo*. Disponível em: <https://www.e-torredebabel.com/leyes/constituciones/fuero-del-trabajo-1938.htm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ESPANHA. *Diário das Sessões dos Debates Parlamentares do Projeto de Constituição Espanhola*. BOC n. 121, Pleno do Senado. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF>. Acesso em: 20 maio 2020.

ESPANHA. *Sentencia do Tribunal Constitucional da Espanha:* STC 22/1981, de 2 de julho. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/22>. Acesso em: 20 maio 2020.

FRANÇA. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.* 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 30 abr. 2020.

GUITIEREZ, Cecilia Lázaro. *Biografía política y pensamiento social de Eduarco Aunós (1894-1931)*. Santander, 2002.

IBARRECHE, Rafael Sastre. *El Derecho al trabajo.* Madrid: Trotta, 1996.

LAMAS, Juan Rivero. *El desarrollo de la constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.

MANCHA, Sonsa. *La emergência del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*. Madrid, 2002.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos fundamentales.* Madrid: Universidad de Madrid, 1983, p. 163.

MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Textos Básicos de Derechos Humanos*. Elcano: Aranzadi, 2001.

MARTÍN-RETORTILLO; Sebastian. El orden económico y el trabajo en la Constitución. *In:* Rivero Lamas, J. (dir.). *El Trabajo en la Constitución*. II Coloquio de Jaca. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1982.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Madrid, 1992, p. 216.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Nuestra Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Madrid, 1992.

MORALES, Ángel Garrorena. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Madrid, 1984.

MORALES, Ángel Garrorena. *El Estado Social de Derecho em la Constitución*. Madrid. 2000.

MORALES, Ángel Garrorena. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Front Cover. Tecnos, 1990.

OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948.

PABLO II, Juan. *Carta Encíclica Pacem in Terris*, 1963. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

RIVERO LAMAS, J. *Génesis y desarrollo de la política de concertación social en las relaciones laborales.* En El desarrollo de la Constitución Española de 1978. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.

TREMPS, Pablo Pérez. Los derechos fundamentales. *In*: *Derecho Constitucional*, v. 1: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Valencia: Tirant lo blanch, 1991.

Data de recebimento: 30/10/2020

Data de aprovação: 18/11/2020

O ESPELHAMENTO VIA *QR CODE* COMO MEIO HÍBRIDO DE OBTENÇÃO DE PROVA E A SUA (I)LICITUDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

MIRRORING VIA QR CODE AS A HYBRID MEASUREMENT TO GET PROOF AND ITS (I)LAWFULNESS IN THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION

Muriel Amaral Jacob*
Sander Silva Ferreira**

RESUMO

O presente estudo tem em seu âmago a discussão sobre o espelhamento via *QR Code* do *whatsapp web* como meio de obtenção de prova, perquirindo sobre a sua (i) licitude à luz das disposições constitucionais. Objetiva-se, assim, trazer algumas ponderações acerca de tal celeuma, buscando perquirir se tal instituto encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, mormente à luz dos direitos e garantias fundamentais individuais erigidas pela Magna Carta e postas a salvaguarda do indivíduo diante da atividade persecutória do Estado. Nesse viés, verificou-se a natureza híbrida do instituto ao traçar um paralelo com as diretrizes da interceptação telefônica e a quebra de sigilo dos dados telefônicos, inferindo-se, à luz das gerações do direito probatório, sobre a necessidade de prévia outorga judicial para devassa dos dados constantes de aparelhos telefônicos apreendidos pela autoridade policial, notadamente por conta do incrível avanço tecnológico nos dias hodiernos, o que exige uma interpretação progressiva da legislação de regência a fim de salvaguardar as garantias

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisadora do *Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionali* (CEDEUAM) da *Universitá del Salento*. Professora Adjunta da Universidade de Rio Verde (UniRv)-GO. Advogada. E-mail: murieljacob@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9420157848302360>.

** Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pós-Graduando em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Estácio. Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Estácio. Estagiário de Pós-Graduação no Ministério Público de Mato Grosso do Sul. E-mail: sandersf_94@hotmail.com.

constitucionais de intimidade e/ou privacidade. A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

Palavras-chave: Espelhamento via *QR Code*. Comunicação telefônica. Prova ilícita.

ABSTRACT

The present study has at its core the discussion about mirroring via QR Code of whatsapp web as a means of obtaining evidence, investigating its (i) legality in the light of constitutional provisions. Thus, the objective is to bring some considerations about such a stir, seeking to find out if such an institute finds shelter in the national legal system, especially in the light of the individual fundamental rights and guarantees established by the Magna Carta and put the safeguard of the individual in the face of the persecutory activity of the State. In this bias, the hybrid nature of the institute was verified by drawing a parallel with the guidelines of telephone interception and the breach of confidentiality of telephone data, inferring, in the light of generations of probative law, about the need for prior judicial grant for search of the data contained in telephone sets seized by the police authority, notably due to the incredible technological advancement in today's days, which requires a progressive interpretation of the governing legislation in order to safeguard constitutional guarantees of intimacy and/or privacy. The methodology used in this research is bibliographic in character, through descriptive analysis and deductive method.

Keywords: Mirroring via QR Code. Telephone communication. Illegal proof.

INTRODUÇÃO

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido, qual seja, a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando chegar-se numa maior fidelidade possível com a realidade histórica do fato criminoso, tal como efetivamente ocorrera. No entanto, à luz de um Estado Democrático de Direito, tem-se que tal reconstrução não pode dar-se a todo e qualquer custo, estando balizada pela exigência de um processo justo, ético e democrático, sendo inconcebível que a relação processual desenvolvida possa estar em dissonância com os ditames e princípios velados pelo legislador constituinte.

Nesse compasso, a ação persecutória do Estado não pode apoiar-se em elementos probatórios obtidos de maneira ilícita, sob pena de malferir à garantia do devido processo legal e, por conseguinte, tornar-se írrita toda a atividade processual. De fato, na medida em que a prova ganha singular importância no direito processual penal como meio apto para reconstrução dos fatos pretéritos

objurgados, cujo resultado poderá lastrear eventual decreto condenatório, privando indivíduos de sua liberdade, tal reconstrução deve ser processualmente válida, não inquinando pela eiva da ilicitude.

Sem embargo, é preciso ter em mente que o Direito como ciência jamais pode ser concebido em termos abstratos e estanques, sendo, ao contrário, uma ciência dinâmica que não pode ficar à margem da evolução social, notadamente em tempos que a globalização e o avanço da tecnologia vêm, a cada dia, tomando proporções antes inimagináveis. Com efeito, a evolução tecnológica traz, inevitavelmente, problemas que o legislador não poderia ter antecipado, incumbindo ao exegeta solucioná-los, ao menos enquanto não haja legislação penal que abranja tais vicissitudes.

Nessa senda, dilema dos mais interessantes cinge-se a despeito do aplicativo de celular "WhatsApp", que, em sua função "WhatsApp Web", permite que o usuário troque mensagens com seus contatos telefônicos por meio do computador. Diante disso, sem ter a veleidade de esgotar o tema, o presente opúsculo visa perquirir sobre a (des)necessidade de autorização judicial prévia para a extração de dados e conversas registradas em aparelhos celulares apreendidos, com enfoque ao indigitado espelhamento via *QR Code* como meio de obtenção de prova e a sua (i) licitude à luz da Constituição Federal.

Dessarte, em um primeiro momento, buscou-se fomentar a despeito da relevância da atividade probatória como meio idôneo para a reconstrução dos fatos pretéritos e, em última análise, para obtenção da verdade que se busca atingir pela atividade processual. Em seguida, ante a importância ímpar da prova no processo penal, fez-se no tópico subsequente, uma abordagem sobre as provas ilícitas e ilegítimas, buscando fomentar algumas de suas nuances, dentre as quais a teoria da ilicitude por derivação e as casuísticas de mitigação ao famigerado princípio da contaminação.

Adiante, ante a relevância do tema, trouxe-se a lume algumas ponderações sobre o princípio da proporcionalidade e a sua aplicação em matéria probatória, mormente nos casos de conflitos entre princípios de mesma dignidade constitucional a exigir uma ponderação dos valores colidentes.

Ao final, discorrendo de forma enfática sobre a temática ora proposta, atento aos avanços tecnológicos nos dias hodiernos, buscou perquirir, à luz das denominadas gerações do direito probatório, a (in)compatibilidade do espelhamento via *QR Code* do aplicativo *whatsapp web* com o ordenamento jurídico pátrio e a (im)prescindibilidade de prévia autorização judicial para devassa dos dados constantes em aplicativos de celulares apreendidos pela autoridade policial. Ademais, fomentou sobre a (im)possibilidade de aplicação analógica das disposições atinentes a interceptação telefônica, máxime à luz da natureza jurídica e principais características inerentes aos referidos institutos.

Trata-se de estudo justificável, tendo em vista tratar-se de tema incipiente e despido de normatização mais acurada, sendo a legislação existente nitidamente obsoleta e que se apresenta à margem do atual avanço tecnológico, sendo necessário uma interpretação progressiva no que tangencia a quebra do sigilo de dados telefônicos, sem que reste, contudo, malferida a proteção constitucional de inviolabilidade à intimidade e privacidade posta a salvaguarda pela Carta Magna (art. 5º, incisos X e XII, CF).

A metodologia empregada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

A prova como meio de obtenção da verdade

A doutrina tradicional, como se sabe, sempre inclinou a crer que a verdade como princípio processual caracterizava-se pela maior ou menor conveniência da investigação empregada na busca pela verdade, subdividindo-a em verdade formal e verdade material, estando esta (verdade material) afeta ao processo penal, ao passo que aquela (verdade formal) estaria relacionada aos escopos do processo civil.

Pode-se afirmar, em síntese, que pelo dogma da verdade formal tem-se por primazia, como nítida opção legislativa, encerrar os litígios ou abreviar o restabelecimento da paz social, sem, contudo, exigir que o juiz diligencie *ex officio* na obtenção da verdade plena dos fatos, contentando-se com a verdade projetada pelas partes no seio processual através das provas coligidas ao processo.

De outro lado, considerando os bens tutelados na seara penal, geralmente indisponíveis, pelo famigerado princípio da verdade material exige-se do julgador uma postura ativa na busca pela verdade, não podendo o magistrado se aquiescer com as provas trazidas pelas partes ao processo. Outorga-lhe, assim, a possibilidade, sempre que necessário, de determinar *ex officio* a produção de provas que reputar convenientes e imprescindíveis para formação de sua convicção a fim de se chegar à "verdade real" dos fatos subjacentes, o que lhe dará subsídios para prolação de sentença condenatória ou absolutória.

No Processo Penal, portanto, a prova ganha importância ímpar na medida em que há, de um lado, o interesse social na correta e justa punição do agente criminoso, além de ser preocupação constante que a reprimenda estatal não chancele injustiças ao privar indivíduo inocente de sua liberdade, de outro lado.

Todavia, sobreleva pontuar que essa requisição de provas pelo juiz não deve ser feita de modo descriminado, passando da figura do "julgador imparcial" e equidistante aos interesses das partes, a acusador ou defensor. Aliás, tal constatação sobrepuja em maior evidência com as modificações insertas pela Lei n. 13.964/19 (denominado Pacote Anticrime) no bojo do Código de Processo Penal, modificando-o substancialmente a fim de reafirmar a estrutura acusatória

encampada pelo processo penal brasileiro (CF, art. 129, inciso I), consoante dicção do art. 3-A da Lei Adjetiva[1].

De fato, à luz da diretriz escoimada pelo *novel* diploma legal, parece-nos que aqueles dispositivos de inegável ranço inquisitório, *v.g.*, do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, doravante encontra-se tacitamente revogados ante a sua incompatibilidade com a norma plasmada no artigo em tela, pelo qual é defeso ao magistrado a iniciativa na fase de investigação e substituir-se ao órgão de acusação na atuação probatória.

Nesse diapasão, aliás, denota-se de grande valia trazer a colação o escólio doutrinário do célebre Renato Brasileiro de Lima[2] que, ao comentar sobre as disposições do art. 3-A do CPP, aduz:

> Louvável, nesse sentido, o disposto na primeira parte do art. 3-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19, que, após dispor que o processo penal terá estrutura acusatória, veda a iniciativa do juiz das garantias na fase de investigação. Operou-se, pois, a revogação tácita do art. 156, inciso I, do CPP, nos exatos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro ("A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior).

Daí dizer, conforme ponderação feita por Cecarelli[3], o julgador, resguardados "os limites de sua imparcialidade e da própria estrutura acusatória vigente no processo penal brasileiro, deve atuar de forma excepcional e dentro dos parâmetros das atividades probatórias desenvolvidas pelas partes, buscando elucidar o caso e fazer Justiça".

Nada obstante, impende pontuar que "o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante prova e debatida – contra o abuso e o erro"[4]. Destarte, tal busca somente será legítima e, por conseguinte, justa (seja na seara cível ou penal) quando pautada nas provas coligidas ao processo, assegurando-se as partes a possibilidade de comprovarem o quanto alegado, a partir de todos os meios de prova em direito admitidos.

---

1 De acordo com a dicção do art. 3-A do CPP, *in verbis: "o processo penal terá estrutura acusatória, **vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação**"* (destacamos).

2 LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime:* comentários à Lei n. 13.964/19 artigo por artigo. Salvador: *Jus*PODIVM, 2020, p. 94-95.

3 CECARELLI, Camila Franchitto. *Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro.* 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 17.

4 SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal*: perspectiva do sistema inquisitória através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159.

Entrementes, insta pontuar que "a verdade só é considerada válida no processo quando construída sobre uma base sólida de legalidade. Isto significa que a verdade deve ser moldada sob critérios de um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico"[5].

> Nem as condições de uso do termo "verdadeiro", nem as condições para asseverar que uma tese judicial é verdadeira são independentes do modo como está formado o sistema legal – com referência ao qual a verdade processual é predicável – mas estão estreitamente ligadas às técnicas legislativas e jurisdicionais normativamente admitidas e praticadas. Estas técnicas [...] são as garantias penais e processuais na ausência das quais não se pode falar de *verdade* no processo nem sequer em sentido *aproximado*[6].

Dessarte, o direito à prova (juntamente com outras garantias constitucionais e processuais penais, tais como o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas entre acusação e defesa, a imparcialidade do juiz, a celeridade processual, a motivação das decisões judiciais, vedação da prova ilícita etc.) denota-se crucial para efetivação do devido processo legal, notadamente em sua faceta substancial – *substantive procedure of law*.

Assim, conforme destacou Ferrajoli[7], a inobservância de tais garantias, indubitavelmente, desvirtuaria a verdade alcançada no processo, não podendo, aliás, sustentá-la sequer em sentido aproximado.

Isso porque, diante de um Estado Democrático de Direito, a observância das garantias processuais posta a salvaguarda do indivíduo realça que já não mais se admite no processo penal moderno a arcaica noção de que o acusado seria apenas objeto do processo. Ao contrário, doravante o indivíduo passa a ser visto como sujeito de direitos e garantias fundamentais, ainda que diante de uma investigação criminal, tendo por presumida sua inocência, devendo, até o advento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ser tratado como tal.

Nessa perspectiva, Taruffo[8] refuta categoricamente os vetustos meios de obtenção da verdade baseada nos meios probatórios de outrora. Veja:

> (...) nos sistemas processuais não se espera encontrar a <<verdade>> adivinhando, lançando a sorte, interpretando folhas de chá, duelando

---

5 BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

6 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53-54.

7 *Op. cit*., 2010.

8 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

> judicialmente ou por qualquer outro meio irracional e incontrolável (como os juízos de Deus ou outro tipo de ordálio medieval), mas com base nos meios de prova, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos.

Dessume-se, assim, que a busca pela verdade, entendida como meio apto a fomentar a boa, correta e justa aplicação do direito, conjuntamente com o respeito e observância dos direitos individuais e garantias processuais postas a salvaguarda pela Carta Magna, deve funcionar como um ideal a ser perquirido no processo penal. Contudo, à luz do sistema acusatório é inconcebível que o magistrado se utilize do discurso pela busca da "verdade real" a fim de legitimar atitudes irracionais, desenfreada e sem limites nessa busca incessante pela verdade que – bem ou mal – possui inúmeros entraves ao seu alcance.

Nessa senda, deflui-se que a verdade que deve orientar o magistrado em matéria penal é aquela verdade processualmente atingível, alcançável, aproximada e reconstituída sobre a dialética processual consubstanciada pelo manto inafastável do contraditório.

É cediço que os fatos, em geral, não são diretamente percebidos pelo juiz, e mesmo que fossem, por conveniência legislativa não estaria o magistrado apto a julgá-los, sob pena de ter sua imparcialidade maculada. Nesse sentido, aliás, é que sua decisão deve ter por base as provas disponíveis nos autos e amealhadas no transcorrer da instrução probatória, porquanto fruto de uma reconstituição fática no seio processual com observância do devido processo legal com todos os seus consectários.

No entanto, esta não é tarefa fácil porquanto incumbirá ao magistrado decidir sobre os fatos postos a seu crivo, embora não tenha os presenciados, estando adstrito as afirmações feitas pelas partes, o que será objeto da prova no transcorrer do processo, sendo certo que a reconstrução fidedigna de tais fatos não passa de mero devaneio. Logo, o juiz utilizar-se-á de um raciocínio dedutivo cujo silogismo terá por lastro enunciados supostamente verdadeiros, vertendo-se, assim, ao campo da probabilidade. Nesse sentido:

> A verdade é *um problema unitário* – inexiste a possibilidade de separação entre verdade dentro e fora do processo – e pode ser satisfatoriamente definida a partir da ideia de *correspondência*. Como a verdade é ao mesmo tempo *relativa* e *objetiva*, só pode ser compreendida – dentro e fora do processo – partindo-se da ideia de *maior probabilidade lógica possível*[9].

---

[9] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1095.

Ademais, não devemos olvidar que a reconstituição fática-processual dar-se-á mediante a observância de princípios e normas estatuídas pela Constituição Federal e pela legislação processual de regência, produzindo inúmeros entraves na reconstrução da denominada "verdade real" em prol de um processo justo e democrático. Nessa senda, não pode o julgador descurar-se da falibilidade humana (testemunhos, perícias etc.) que poderá, eventualmente, ocorrer na reconstrução processual dos fatos, bem como dos entraves processuais concernentes à matéria probatória, a exemplo da vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos.

Sublinhe-se, ainda, que o magistrado afastar-se-á da verdade de acordo com a metodologia empregada em sua busca, além da quantidade e qualidade das informações que lhe são trazidas pelas partes ao processo, o que, não obstante, influenciará no seu convencimento, que necessariamente deve se dar de maneira equânime e racionalmente justificável com arrimo nas provas carreadas aos autos processuais.

Exsurge, assim, a árdua tarefa que é atribuída ao magistrado de responder com a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos, porquanto, no processo, somente será verdadeiro o que restar provado. Nesse sentido, aliás, é o que propugna o velho brocardo romano: "*Quod non est in actis non est in mundo*", ou seja, o que não está nos autos não está no mundo.

Com efeito, na seara criminal não deve haver margem para aplicação de um juízo de probabilidade, mormente, para lastrear um decreto condenatório, não podendo a decisão penal ser resultante de um convencimento superficial, aparentemente verdadeiro, eis que em matéria penal vige o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme preconizado pelo art. 5º, LVII, da Magna Carta.

Sendo assim, embora no processo civil possa o magistrado decidir através de juízos de verossimilhanças e probabilidades, a exemplo das tutelas de urgência (art. 300, CPC), no processo penal, todavia, é salutar que haja provas cabais e robustas, longe de qualquer dúvida razoável sobre os fatos alegados na peça acusatória, capazes de ilidir a presunção constitucional de inocência que milita em favor do acusado.

Ademais, cabe repisar que as partes e o juiz, embora engajados na obtenção da verdade fática, não poderão buscá-la a todo e qualquer custo, valendo-se de qualquer meio possível para obtê-la, sem, contudo, se submeter à necessária observância das diversas regras de admissibilidade e produção da prova.

Em razão de tal exigência, podemos enfatizar, conforme os ensinamentos de Taruffo (2014, p. 24), que as "normas jurídicas acerca do uso dos meios de prova e da busca da verdade no processo judicial estabelecem diversos limites em relação ao tempo, aos meios e aos procedimentos que podem ser utilizados para a busca dessa verdade".

No mesmo diapasão, é curial trazer a colação os ensinamentos da insigne jurista Ada Pellegrini Grinover[10], a qual aduz:

> (...) o juiz, tanto quanto as partes, encontra outro limite à atividade instrutória na licitude e legitimidade das provas. Há uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual (...). Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício pelo juiz. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida.

Pode ocorrer, outrossim, que por conveniência legislativa as partes devam olvidar-se da busca pela verdade fática quando exsurgir a necessidade de solucionar de forma definitiva certos conflitos judiciais, sendo despiciendo que haja maior ingerência estatal na escorreita elucidação dos fatos. Em geral, essa necessidade dar-se-á em virtude dos direitos que se discutem em juízo, não se exigindo a coleta adicional de provas em prol do abreviamento dos litígios em detrimento das discussões estritamente de interesses privados e de somenos gravidade ou ofensividade penal, concernentes aos direitos disponíveis e, na seara criminal, passíveis de transação ou composição dos danos.

À evidência de tal digressão, não devemos descurar que na seara cível a parte que tenha conseguido com maior precisão refutar a pretensão ou resistência da parte adversa, desincumbindo-se com maior satisfação do ônus probatório que lhe é atribuído, consoante determinação do art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil, embora não seja regra absoluta e estanque, produzirá um maior grau de certeza no ânimo do julgador a despeito da verdade dos fatos por ela alegados em juízo. Desta sorte, é tendência de que, ao menos em tese, desincumbindo-se do ônus que lhe é atribuído, obtenha a parte uma decisão favorável aos seus escopos.

No Processo Penal, todavia, o ônus probatório ficará em maior parcela sob o encargo da acusação – Ministério Público ou querelante – que deverá ilidir, quando finda a persecução penal, a presunção constitucional de inocência que milita a favor do acusado; bastando a este, por sua vez, que as suas alegações tenham o condão de gerar no espírito do julgador uma dúvida razoável quanto à existência do crime e sua autoria.

Feita tais digressões, tem-se que a atividade probatória ganha singular importância na reconstituição do fato criminoso, servindo a prova, finda a instrução processual, como baluarte a ser sopesado na sentença judicial, não podendo

---

[10] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In:* PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal:* estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo/Ada Pellegrini Grinover... [*et al.*] Flávio Cardoso Pereira (coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 07.

o magistrado dela se afastar, sob pena de tornar-se arbitrária a decisão. Contudo, repise-se que tal atividade encontra-se balizada pela necessidade de um processo justo, ético e em conformidade com as diretrizes constitucionais, não podendo ser buscada a verdade a todo custo.

Depreende-se, portanto, que o processo deve buscar uma verdade judicial e processualmente válida, pelo que a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos ganha inquestionável relevo na reconstrução de tal verdade. Por tais razões, far-se-á no tópico subsequente algumas ponderações mais acuradas a despeito das provas ilícitas e ilegítimas, bem como de suas nuances e/ou desdobramentos para, ao final, discorrer de forma enfática e mais acurada sobre a temática ora proposta.

Provas ilícitas e ilegítimas

Conforme exposto alhures, um dos objetivos primordiais da atividade probatória desenvolvida no processo é, sem dúvidas, a tentativa de se chegar o mais próximo possível e com maior fidelidade a verdade histórica dos fatos pretéritos objetos da demanda judicial. No entanto, conforme restou consignado no tópico precedente, tal busca não pode ser utilizada como pretexto para a produção probatória a todo e qualquer custo, vale dizer, em detrimento de todos os outros direitos fundamentais postos a salvaguarda do acusado pela Constituição Republicana de 1988.

> A discussão em torno da (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos em determinado ordenamento jurídico está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade[11].

Dessarte, pode-se afirmar que "os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto 'garantia' a ser respeitada"[12]. Logo, tal garantia deverá ser compatibilizada com outros direitos igualmente assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nessa toada, infere-se que o legislador constituinte, ao assegurar a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, acaba dando primazia a um processo justo em detrimento da busca pela verdade como finalidade precípua a ser perseguida no seio processual.

---

[11] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal:* volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: *Jus*PODIVM, 2020, p. 687-688.

[12] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, 628.

Assim é "indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, ainda que em prejuízo da apuração da verdade" e continua: "É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados [...]"[13].

Além disso, segundo elucidação feita por Pacelli[14], tem-se que "a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção". Com efeito, a eficiência processual não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.

Nessa senda, a Constituição Federal de 1988 apregoa, em seu art. 5º, inciso LVI, que: "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*", disposição esta que é corroborada pelo art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.690/2008, segundo a qual: "*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*".

Sem embargo da imprecisão legislativa, a doutrina tradicionalmente, baseada na clássica lição do processualista italiano Pietro Nuvolone, sempre distinguiu as provas ilícitas das provas ilegítimas, sendo ambas espécies da prova ilegal[15]. Nesse compasso, tem-se que as provas ilegítimas violariam normas processuais, ao passo que provas ilícitas são adquiridas com abuso ou desrespeito ao direito material, cuja inobservância poderá se dar de forma concomitante, ou seja, com ofensa as normas de direito material e processual.

Ademais, pode-se dizer que a prova ilícita comumente "pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este"[16]. De outro lado, a captação das provas obtidas por meios ilegítimos trata-se violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, vale dizer, no seio processual, sendo, em regra, intraprocessual ou endoprocessual.

Tal distinção, no entanto, ganha pertinência apenas no plano didático, visto que facilita a compreensão dos momentos de *obtenção, introdução, produção e, ainda, de valoração da prova*. Quanto às consequências jurídicas, porém, não tem qualquer utilidade[17]. De fato, seja como for, em ambos os casos a prova será

---

13 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, 157.
14 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 437.
15 LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit*., 2020.
16 *Ibidem*, p. 876.
17 PACELLI, Eugênio, *op. cit*., 2020.

inadmissível no processo, devendo ser desentranhada dos autos se já materializada (art. 157, § 3º, do CPP).

Além disso, segundo Pacelli[18], "a norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo". Daí dizer, que tal vedação cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica pátria.

É pertinente lembrar, ademais, que "a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova"[19]. Logo, no ordenamento jurídico pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, todavia, mesmo assim uma prova obtida por meios ilícitos for juntada ao seio processual, a teor do art. 157, *caput* e § 3º, do CPP, surgirá o direito de exclusão[20], a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos, facultado às partes acompanhar o incidente processual.

Superada a dicotomia entre prova ilícita e ilegítima, já adentrando na teoria da prova ilícita por derivação (*fruits of the poisonous tree*), cabe destacar que a finalidade precípua que se atribui à prova é o convencimento do julgador acerca da (in)veracidade dos fatos objetos do conflito judicial. Até por isso, aliás, a Lei n. 13.964/2019 introduziu o § 5º ao art. 157 do Código de Processo Penal, pelo qual foi inserta na Codificação Processual uma causa objetiva de impedimento do juiz que reconhecer a prova ilícita[21].

---

18 *Ibidem*, p. 437.

19 PACELLI, Eugênio, *op. cit*., p. 433.

20 A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. (...). A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum" (STF – HC 72788/RJ, Rel. Min. Celso de Melo, DJe: 02/06/2006).

21 Importante pontuar que referido dispositivo teve a sua eficácia suspensa em virtude de decisão do Min. Luiz Fux, proferida em cautelar pleiteada na ADI 6.299, na qual determinou a suspensão da sua eficácia *sine die, ad referendum* do Plenário.

Daí dizer, sob a ótica da teoria em comento, que a despeito da licitude da prova adquirida, não haverá eficácia ou aptidão a prova secundária ou derivada, sendo imprópria a sua utilização ou manutenção no processo, porquanto estaria eivada pela ilicitude originária sem a qual não teria sido obtida.

Com efeito, o Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.690/2008, adotou a teoria da prova ilícita por derivação[22] em seu art. 157, § 1º, segundo o qual: "*são também inadmissíveis, as provas derivadas das ilícitas [...]*". Doravante, portanto, são inadmissíveis no processo, além das provas originariamente obtidas de forma ilícita, também aquelas provas que delas sejam oriundas ou derivadas.

Todavia, advirta-se que tal teoria tem várias mitigações. A primeira delas, a denominada doutrina da *fonte independente* apregoa que um elemento de prova não será considerado ilícito, portanto, admissível no processo, se for obtida de uma fonte independente, sem nexo causal ou que não esteja na linha de desdobramento daquela originariamente obtida de forma ilícita. Contudo, para que tal teoria seja aplicada, "impõe-se demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma, ou seja, não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita"[23].

No Brasil, com a reforma legislativa de 2008, o art. 157 do Código de Processo Penal, em seu § 1º *in fine,* incluído pela Lei n. 11.690/08[24], reconheceu a limitação à teoria da prova ilícita por derivação, mitigando o denominado princípio da contaminação, ao consignar como exceção a tal inadmissibilidade as provas provenientes de uma "fonte independente".

Nesse compasso, segundo Lopes Junior[25], predomina o entendimento sufragado pela jurisprudência dos tribunais superiores de que:

---

22 Advirta-se, de antemão, que a diretriz jurisprudencial dos tribunais pátrios ao aplicar a teoria norte americana ao sistema jurídico brasileiro foi, de certa forma, providencial para que o legislador ordinário adotasse expressamente a referida teoria no ordenamento jurídico pátrio, consoante se vê nos julgados adiante consignados, a exemplo dos HC 73351/SP, (*DJU* 09/05/1996); HC n. 74.116/SP, (*DJU* 14/03/1997); HC n. 76.641/SP, (*DJU* 5/2/1999); RHC 90376 – RJ, (DJe 18/05/2007); HC 93050 – RJ, (DJe 01/08/2008); Inq. 3732 – DF (DJe 08/03/2016), entre outros.

23 LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit*., p. 692.

24 Art. 157 – (...), § 1º: São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, **salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras**. (Incluído pela Lei n. 11.690, de 2008) – grifo nosso.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

25 LOPES JR, Aury, *op. cit*., p. 644.

> não se anula a condenação se a sentença não estiver fundada exclusivamente na prova ilícita. Tampouco se anula a decisão condenatória, em que pese existir uma prova ilícita, se existirem outras provas, lícitas, aptas a fundamentar a condenação.

Isso porque, de acordo com as lições de Rangel[26], a lei menciona que "se não houver um nexo de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova obtida, não haverá contaminação, ou seja, a relação de causalidade é o liame que deve existir entre uma prova ilícita e outra (lícita) para que possamos falar em contaminação". Depreende-se, assim, que esta teoria se baseia precipuamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal, posto que a sua produção será necessariamente posterior a daquela considerada ilícita.

Noutra ótica, de acordo com a teoria da *descoberta inevitável*, também conhecida como exceção da fonte hipotética independente, "caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida"[27]. Com efeito, a referida teoria foi albergada no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei n. 11.690/2008, que incluiu o § 2º ao art. 157 do Código de Processo Penal, malgrado tenha o legislador inquinado em equívoco ao defini-la conceituando como *fonte independente*.

Dessarte, tem-se que pela teoria da *descoberta inevitável*, em que pese a mácula da prova derivada ou secundária, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria a prova obtida capaz *de per si* conduzir ao fato objeto da prova. Nada obstante, o STJ adotou tal teoria no julgamento do HC 52.995/AL, DJe aos 4.10.2010. Com efeito, na dicção do Relator Min. Og Fernandes:

> (...) no caso concreto, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta seria inevitável, não havendo, portanto, razoabilidade alguma em anular todo o processo e demais provas colhidas, não só durante a instrução criminal, mas também aquelas colhidas na fase pré-processual investigativa.

Tem-se, ainda, como limitação hipotética da ilicitude probatória, a *teoria da limitação da contaminação expurgada* pela qual não se aplicará a teoria da prova ilícita por derivação quando:

---

[26] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 485-486.

[27] LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit*., p. 693.

> o nexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal[28].

Nesse compasso, apesar de já ter havida a contaminação de um referido meio de prova em face da ilegalidade da situação que o gerou, "um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada"[29]. Tal teoria, conforme entendimento doutrinário, encontraria guarida nas disposições do art. 157 e § 1º, do Código de Processo Penal.

O Superior Tribunal de Justiça adotou expressamente tal teoria no julgamento da APn 856, de Relatoria da Min. Nanci Andrighi (DJe 06/02/2018), para fins de reconhecimento da legalidade de prova penal obtida mediante cooperação internacional, conforme dicção da Min. Nanci Andrighi, segundo a qual:

> (...) Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo.

Por derradeiro, impende ressaltar que apesar de guardar certas semelhanças com a limitação da *fonte independente*, a *teoria da mancha expurgada* com ela não se confunde. De fato, enquanto na teoria da *fonte independente* a prova secundária seria oriunda de fonte inteiramente independente da prova ilícita originária, pela teoria da *mancha expurgada*, malgrado haja relação com a prova originariamente contaminada, a prova secundária terá a sua ilicitude mitigada, expurgada por conta do decurso de tempo, de eventual circunstância superveniente e, quiçá, pela vontade dos envolvidos em colaborar com a investigação ou persecução penal.

A questão que se põe é se a prova ilícita pode ser de alguma maneira admita no processo penal. Para isso se deve adotar o critério da proporcionalidade e ponderação. Como se sabe, em âmbito de tutela constitucional, pode eventualmente ocorrer que dois ou mais valores constitucionalmente assegurados dentre os direitos e garantias fundamentais apresentem conflitantes entre si, exigindo-se a prevalência daquele valor ou princípio, que após a ponderação no caso

---

[28] *Ibidem*, p. 695.
[29] *Idem*.

concreto, sobrepujar em maior proeminência para solução da colisão, sem que haja, no entanto, a exclusão do ordenamento jurídico daquele princípio que, eventualmente, restou preterido.

Em outras palavras, considerando que da Constituição Federal erige-se um complexo de regras e princípios, sendo ambos espécie da norma jurídica, caso haja princípios constitucionais colidentes, torna-se necessária a utilização da hermenêutica jurídico-constitucional, notadamente da técnica de ponderação à luz da proporcionalidade a fim de perquirir qual dos princípios aplicar-se-á naquele determinado caso.

Nessa senda, partindo-se da ideia de que a norma constitucional de inadmissibilidade da utilização das provas obtidas ilicitamente seria uma limitação ao *jus puniendi* estatal, consoante norma plasmada no art. 5º, inciso LVI, CF/88, depreende-se que tal vedação, assim como a maioria dos direitos constitucionais, não se reveste de caráter absoluto, devendo ceder a prevalência de outros princípios que, à luz do caso concreto, denotar-se proeminente para a solução do conflito.

Nesse viés, a doutrina e jurisprudência são uníssonas em assegurar que, no processo, seria possível utilizar-se de prova ilicitamente obtida quando produzida em favor do réu, notadamente quando seja este o único meio de provar a sua inocência, haja vista não ser de interesse estatal a condenação de um inocente, atribuindo-lhe a pecha da condenação por conta da prova apta a demonstrar a sua inocência ter sido captada de forma contrária aos ditames legais.

Há, pois, nesse caso, uma nítida antinomia entre direitos fundamentais igualmente protegidos pelo legislador constituinte (liberdade do acusado e a ilicitude da prova por ele obtida). Logo, em juízo de ponderação de tais valores, indubitavelmente deverá prevalecer o *jus libertatis* do indivíduo em detrimento da lisura probatória, evitando, assim, a condenação de indivíduo sabidamente inocente.

Dessarte, em sede doutrinária e jurisprudencial não se vislumbram maiores dificuldades na aplicação da prova ilícita *pro reo*, pois, neste caso, serviria para absolver ou minimizar a culpa do acusado, evitando a condenação de indivíduo sabidamente inocente que, para provar a sua inocência, tenha se valido de provas obtidas por meios ilícitos.

Nesse viés, conforme aponta Pacelli[30], "a prova da *inocência* do réu deve *sempre ser aproveitada*, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita *ser inocente*". Aliás, o seu aproveitamento constituiria um critério *objetivo* do princípio da proporcionalidade.

---

[30] PACELLI, Eugênio de, *op. cit.*, p. 473.

Desse modo, prevalece o entendimento de que em situações desse jaez, a atuação do acusado na obtenção de provas por meios ilícitos a fim de demonstrar sua inocência, estaria acobertada, conforme o caso, pelo manto das excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade. À evidência, tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova e, por conseguinte, seria perfeitamente possível utilizá-la no processo.

Comunicação telefônicas de qualquer natureza: o espelhamento via *QR Code* é válido como meio de obtenção de prova?

Feita uma breve incursão sobre temas correlatos a temática ora proposta, buscar-se-á, doravante, lançar luzes as disposições da Lei n. 9.296/96 que, a despeito da evolução tecnológica – sobretudo neste último século –, urge uma interpretação progressiva no que tangencia a quebra do sigilo de dados telefônicos, sem que reste, contudo, malferida a proteção constitucional de inviolabilidade à intimidade e/ou privacidade que são postas a salvaguarda pela Carta Magna (art. 5º, incisos X e XII, CF).

Isso porque, hodiernamente, ressoa obsoleta a definição de telefonia dada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, restringindo-a *a transmissão de palavras e sons* (Lei n. 4.117/62, art. 4º), o que, sem dúvidas, encontra-se à margem do atual avanço tecnológico quando se refere a comunicação telefônica nos dias hodiernos.

Nada obstante, a despeito do espectro de abrangência da norma plasmada no art. 5º, inciso XII, da Constituição Republicana, em especial no que tange ao sigilo das comunicações de dados, não podemos olvidar, consoante ponderação feita por Silva Júnior[31], que ao tempo da elaboração da atual Constituição Federal "(...) não havia tanta disseminação de uso de aplicativos que realizam a troca de mensagens ou até mesmo chamadas entre usuários".

Com efeito, a evolução tecnológica traz, inevitavelmente, problemas que o legislador não poderia ter antecipado, incumbindo ao exegeta solucioná-los, ao menos enquanto não haja legislação penal que abranja tais vicissitudes. Sem dúvidas, dilema dos mais interessantes cinge-se a despeito do aplicativo de celular "WhatsApp", que, em sua função "WhatsApp Web", permite que o usuário troque mensagens com seus contatos telefônicos por meio do computador.

Exsurge daí uma celeuma: será possível que a autoridade policial faça o espelhamento dessas conversas, fazendo uma analogia entre *a interceptação telefônica*? A prova daí obtida, à luz do Texto Constitucional, será considerada válida para substanciar uma investigação criminal?

---

[31] SILVA JÚNIOR, Rogério Faustino. *A quebra do sigilo do whatsapp como meio de prova aceito no direito pátrio*. Publicado em 19 de outubro de 2017. Disponível em: <http//:www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 04 out. 2020, n.p.

Antes, porém, de responder a tais indagações, pertinente se faz uma breve abordagem acerca das gerações do direito probatório, cuja origem remete-se a três precedentes paradigmáticos da Suprema Corte Norte Americana, a trilogia *Olmstead-Katz-Killo*. Com efeito, os referidos arquétipos jurisprudenciais encontram-se diretamente relacionados à necessidade (ou não) de prévia autorização judicial para a execução de procedimentos investigatórios invasivos, notadamente no que tange à vida privada e a intimidade, cuja devassa invariavelmente encontra-se circunscrita a observância de cláusula de reserva de jurisdição.

Nesse norte, consigne-se que no caso *Olmstead* (1928), que remete ao direito probatório de primeira geração, agentes policiais, sem a devida autorização judicial, instalaram equipamento de interceptação telefônica em via pública, ou seja, na fiação da empresa telefônica, obtendo provas de determinado crime. Instada a manifestar sobre a (i)licitude das provas angariadas, concluiu a Suprema Corte Norte Americana pela lisura da atividade policial, eis que não houve qualquer tipo de busca no interior da casa de *Olmstead*.

Deflui-se, assim, que num primeiro momento, restringiu-se a análise constitucional a ideia de propriedade, pois, na dicção de Danilo Knijnik[32], a proteção constitucional "estender-se-ia apenas para áreas tangíveis e demarcáveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou particular (...). Neste primeiro momento da trilogia, surge, pois, uma interpretação constitucional protetiva de coisas, objetos e lugares".

Posteriormente, no precedente *Katz v. United States* (1967), houve uma abrangência de tal proteção de modo a salvaguardar não apenas a busca de itens tangíveis, mas também a gravação de declarações orais proferidas pelo indivíduo sob a legítima expectativa de proteção do direito de privacidade e/ou intimidade.

No caso vertente, agentes da polícia estadunidense obtiveram provas da prática de um crime a partir da instalação de dispositivo de gravação ao lado externo de cabine de telefone público, que foi ulteriormente utilizada pelo investigado. Pondere-se que tal postura, a despeito da instalação dar-se em local externo e público, não encontrou guarida na Suprema Corte Norte Americana que reconheceu a ilicitude das provas ali obtidas.

Com efeito, averbou-se que, *in casu*, haveria ofensa ao direito à intimidade do indivíduo consubstanciado na legítima expectativa de proteção no que tange a salvaguarda do seu direito à privacidade, eis que ao adentrar na cabine de

---

[32] KIJINIK, Danilo. *A trilogia Olmstead-Katz-Kilo:* o art. 5º da Constituição do século XXI. *In:* SILVA, Ângelo Roberto Ilha [*et al.*]. *Temas de direito penal, criminologia e processo penal*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015, p. 180.

telefone teria direito a proteção a intimidade e preservação de sua comunicação telefônica tão logo tenha fechado a porta, não prescindindo de autorização judicial a sua devassa.

Há, portanto, no que se convencionou chamar de direito probatório de segunda geração, uma ampliação no entendimento anteriormente esposado, donde migrou-se "da teoria proprietária (*Olmstead*) para a teoria da proteção constitucional integral (Katz), que amplia o âmbito de proteção constitucional de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade"[33].

Em um terceiro momento, denominado de direito probatório de terceira geração, "a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou o entendimento de que o avanço da tecnologia sobre a materialidade das coisas não pode limitar o escopo e a abrangência da proteção constitucional outorgada à intimidade das pessoas"[34]. Trata-se da análise do caso *Kyllo* (2001), no qual:

> O caso concreto dizia respeito a um agente de polícia que desconfiava que *Danny Kyllo* cultivava maconha no interior de sua residência. Apesar da desconfiança, os elementos de informação até então existentes eram frágeis para que se pudesse obter um mandado judicial. Sabedores de que o cultivo de maconha demanda a utilização de lâmpadas de alta intensidade, surgiu, então, a ideia, por parte dos policiais, de utilizar um equipamento de captação térmica para que se pudesse monitorar, da via pública, emanações de calor do interior da residência de *Kyllo*. Com base na utilização desse equipamento, as autoridades policiais conseguiram, então, obter as evidências necessárias para a expedição de um mandado de busca, do qual resultou em apreensão de inúmeras plantas de *cannabis sativa L*[35].

No caso em tela, malgrado não tenha havido a invasão no interior da residência e tampouco tenha *Killo* demonstrado qualquer pretensão de privacidade, tendo em vista que nada fizera a fim de evitar a emissão de calor, não se deve olvidar que a utilização de equipamento tecnológico singular fora providencial para que a autoridade policial corroborasse as suspeitas incipientes, sem o qual não seria possível a descoberta em diligências ordinárias.

Logo, diante de tal conjuntura, concluiu a Suprema Corte que na eventualidade de a autoridade policial pretender utilizar-se de tecnologia até então não disseminada ao uso geral do público, mister se faz a obtenção de prévia autorização judicial, sem a qual tornar-se-á írrita as provas assim angariadas em diligência policial.

---

[33] *Ibidem*, p. 182.
[34] LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit*., p. 820.
[35] *Ibidem,* p. 821.

Dessarte, insere-se nesse cenário as chamadas provas de terceira geração, também denominadas de direito probatório de terceira geração, que engloba as "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais"[36].

Superada tais digressões, considerando o avanço da tecnologia especialmente no último século, e a luz do direito probatório de terceira geração, diante da necessidade de reinterpretar certas garantias constitucionais – que jamais são absolutas, frisa-se –, torna-se imperativa a análise da discussão acerca da possibilidade (ou não) de se franquear o acesso da autoridade policial a dados e conversas em celulares apreendidos pela autoridade policial, perquirindo se a observância da cláusula de reserva jurisdicional estender-se-ia também as hipóteses em comento.

Referindo-se expressamente sobre o direito probatório de terceira geração, em virtude do avanço tecnológico nos meios de comunicação, o Min. Rogério Schietti Cruz, em voto vista prolatado no RHC 51531/RO[37], reconheceu o *distinguishing* em relação ao precedente do Pretório Excelso no 91867/PA (Rel. Min. Gilmar Mendes), consignando que seria ilícita as conversas extraídas de aplicativo *whatsapp*, sem prévia autorização judicial.

Nos dias hodiernos, sabe-se que os telefones celulares, em sua maioria, encontram-se conectados à internet de banda larga e não raro possuem uma variada gama de aplicativos de comunicação em tempo real, tais como *WathsApp, Messenger, Telegram, Viber, Line, Wechat, BBN, Snapchat* etc., todos com funcionalidades similares na medida em que possibilitam o envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real.

Logo, conforme ponderação feita por Lima[38], "se há necessidade de prévia autorização judicial para a quebra do sigilo do correio eletrônico, idêntico raciocínio deve ser aplicado para fins de devassa das conversas mantidas por meio de *whatsapp*", nos termos preconizados pelo do art. 5º, XII, da Constituição Federal, e art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96.

Nesse viés, obtempera Leandro de Paula Carlos[39] que: "como o tema é atual, não há legislação expressa tratando claramente sobre o acesso, mas sob um filtro

---

36 KIJINIK, *op. cit.*, p. 179.

37 Com efeito, na dicção do Eminente Ministro: "os fatos narrados nesse writ são de 2004, período em que os telefone celulares sabidamente não eram conectados à internet de banda larga como o são já há algum tempo – os chamados smartphones, dotados de aplicativos de comunicação em tempo real –, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria necessariamente menos intrusivo que o seria hoje".

38 LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, p. 822.

39 CARLOS, Leandro de Paula. *O acesso ao whatsapp do cidadão pela polícia*. Publicado em: 27 set. 2018. Disponível em: <http//:www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 04 out. 2020, n.p.

constitucional a intervenção deve obedecer aos direitos e garantias individuais, pois estes não devem sofrer intervenções sem a devida autorização".

Nada obstante, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça concluiu, no julgamento do RHC 51.531 (Rel. Min. Neifi Cordeiro, DJe 09/05/2016), que é ilícita a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

Pois bem, a luz do referido julgado e do entendimento nele sufragado, não podemos descurar que, diante do avanço tecnológico, o celular possibilita "o acesso a múltiplas funções, incluindo a verificação de correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional"[40].

Desse modo, imperativo se faz a prévia autorização judicial, sem a qual será considerada eivada de ilicitude a prova aí obtida. Aliás, a jurisprudência perfilhada pela Corte Cidadã é conducente em apontar pela necessidade de autorização não apenas para leitura das mensagens constantes de aparelho celular apreendido, mas também é exigível a autorização do proprietário para, no transcorrer de uma diligência, possa o agente policial atender o telefone e travar conversa com o interlocutor como se fosse o titular da linha[41].

Averbe-se, no entanto, que apesar da similitude em que há na extração de dados e conversas registradas no *wathsapp* do celular do investigado e aquelas conversas mantidas por e-mail mediante prévia autorização judicial, não se deve, contudo, confundi-la com o espelhamento via *QR Code* do *wathsapp web*, notadamente pela natureza híbrida proeminente neste último caso. Logo, dessume-se que seria incabível o uso da analogia entre o instituto da interceptação telefônica e o espelhamento, via *whatsapp web*, das conversas realizadas no indigitado aplicativo.

> A resposta dada pelo Superior Tribunal de Justiça foi negativa (RHC n. 99.735/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 27.11.2018). Na interceptação telefônica o investigador possui um papel exclusivamente passivo, restrito a acompanhar o diálogo desenvolvido entre os interlocutores. No WhatsApp Web, por outro lado, é possível que ele influencie diretamente a conversa, seja enviando mensagens se passando pelo investigado, seja deletando partes do diálogo. Como a

---

40 LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit*., p. 822.

41 A propósito, o STJ já consignou que, embora tal conduta não se encaixa perfeitamente no conceito de interceptação telefônica, revela verdadeira invasão de privacidade e quebra do sigilo das comunicações telefônicas, haja vista a ausência de autorização judicial e do titular da linha, do que deriva a ilicitude da prova assim obtida (HC 511.484/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 29/08/2019).

> tecnologia do aplicativo não permite um registro de atividades, pois o servidor não armazena dados dessa natureza, não há como garantir a autenticidade da comunicação espelhada. Portanto, a analogia seria incabível[42].

De fato, conforme restou consignado no RHC 99.735/SC, ao contrário da interceptação telefônica, na qual o investigador de polícia age como mero observador das conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *whatsapp web* tal passividade poderá restar comprometida. Com efeito, *in casu* será possível a atuação do agente policial como participante dos diálogos empreendidos, seja no que atina as conversas já realizadas e registradas no aparelho celular, seja nas conversas que vierem a ser travadas, podendo o investigador interferir concretamente em tais diálogos.

Assim, poderá o agente responsável pelo espelhamento interagir diretamente nos diálogos atuais que estão sendo travados, podendo enviar mensagens aos contatos registrados no aparelho celular, bem como excluí-las sem deixar vestígios, independente se se trata de mensagem pretérita, presente ou futura.

> Por mais que os atos praticados por servidores públicos gozem de presunção de legitimidade, doutrina e jurisprudência reconhecem que se trata de presunção relativa, que pode ser ilidida por contraprova apresentada por particular. Não é o caso, todavia, do espelhamento: o fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade "Apagar para mim") ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica (o que não ocorre em caso de interceptação telefônica, na qual se oportunizou a realização de perícia)[43].

Dessarte, depreende-se que tal meio de obtenção de prova apresenta relevante disparidade com o instituto da interceptação telefônica. De fato, considerando que nesta última o seu objeto restringe-se a captação das conversas realizadas tão somente após a autorização e, portanto, de efeito prospectivo ou *ex nunc*, no espelhamento *whatsapp web*, todavia, resta viabilizado ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada

---

42 PACELLI, Eugênio de, *op. cit.*, p. 450-451.

43 LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, p. 823-824.

antes da mencionada autorização, operando, por conseguinte, efeitos retroativos ou *ex tunc*.

À toda evidência, far-se-á exigível a prévia autorização judicial, sem a qual restará eivada a prova ali obtida, até porque dependerá da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da autoridade policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito[44].

Logo, à guisa de arremate dessume-se que o espelhamento via *QR Code* do aplicativo *whatsapp web* qualificar-se-á como inarredável meio híbrido de obtenção de prova que consiste, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto as conversas futuras) e em quebra de sigilo de dados, *v.g.* do e-mail (conversas pretéritas já registradas no aparelho).

Nesse compasso, dessume-se que o tema em voga "(...) demanda a análise da ponderação do conflito entre os direitos à privacidade, à inviolabilidade da comunicação privada, o direito à proteção e a necessidade da Administração da Justiça[45]", a engendrar o acesso aos dados e os conteúdos das comunicações para fins de investigação policial ou para subsidiar ulterior persecução penal em juízo.

Portanto, à luz do direito probatório de terceira geração e o extraordinário avanço da tecnologia nos tempos hodiernos, o que urge uma interpretação progressiva no que tange a salvaguarda da quebra do sigilo das comunicações de dados telefônicos, é preciso, pois, abrir espaço para a plena efetividade dos princípios constitucionais, de modo a assegurar a força normativa da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante abordado no transcorrer deste opúsculo, a busca da verdade encontra-se intimamente relacionada com a atividade probatória, uma vez que por meio desta será possível a reconstituição de fato pretérito na tentativa de se chegar, de forma mais próxima possível, a realidade fática do fato criminoso. No entanto, tal reconstituição não pode se dar a todo e qualquer custo, estando balizada por inúmeros fatores cujo resultado será senão uma verdade processual, contingente, aproximada e jamais absoluta e fidedigna.

---

44 STJ – RHC 99735/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 12/12/2018.

45 SCORSIM, Ericson Meister. *A questão da criptografia do whatsapp:* julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da segurança das comunicações. Publicado em: jun. 2017. Disponível em: <http//:www.jus.com.br/artigos/a-questão...>. Acesso em: 03 out. 2020, n.p.

Nesse contexto, a prova ganha singular importância no processo penal, sendo imperioso que sua captação se dê em observância aos ditames legais, sob pena de lhe ser atribuída a pecha da ilegalidade, podendo ser considerada ilícita ou ilegítima a depender da ofensa perpetrada. Muito embora, a depender das circunstâncias do caso, a prova oriunda de outra que fora obtida de forma ilícita possa ser utilizada no seio processual, sendo mitigado o princípio da contaminação, a regra continua sendo, porém, pela sua inadmissibilidade.

O Direito, entretanto, não deve ser visto em termos abstratos e estanques, mormente por se tratar de uma ciência dinâmica que não pode ficar à margem da evolução social, notadamente em tempos que a globalização e o avanço tecnológico trazem, inevitavelmente, problemas que o legislador não poderia ter antecipado, a exemplo da temática ora proposta.

Nada obstante o seu descompasso com a legislação atinente a quebra do sigilo de dados e interceptação telefônica, cujo espectro passa ao largo das novas tecnologias de comunicação em tempo real, incumbirá ao exegeta solucionar eventuais celeumas, ao menos enquanto não haja legislação penal que abranja tais vicissitudes. Nessa senda, aliás, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça sufragou entendimento pela impossibilidade de se aplicar, por analogia, as disposições da lei de interceptação telefônica ao espelhamento via *QR Code* do aplicativo *whatsapp web* ante as disparidades dos institutos.

De fato, pelo espelhamento via *QR Code*, a autoridade policial terá acesso irrestrito as mensagens constantes do aparelho apreendido, sejam elas pretéritas, presentes ou futuras, podendo apagá-las e quiçá travar novos diálogos. Vislumbra-se, destarte, a natureza híbrida de tal meio de obtenção de prova, uma vez que os agentes terão acesso tanto aos dados armazenados – retroativos, portanto – quanto as conservas a serem travadas, de modo prospectivo.

Logo, para que haja a devassa de tais dados imprescindível se faz a prévia autorização judicial, até porque em geral os aparelhos celulares atualmente possuem acesso a múltiplas funções e uma gama de aplicativos de conversas em tempo real, sendo altamente invasiva a devassa de tais dados, malferindo em demasia a privacidade/intimidade do indivíduo, cuja tutela encontra-se circunscrita a cláusula de reserva de jurisdição.

Portanto, dessume-se que à luz do direito probatório de terceira geração, exigir-se-á uma interpretação progressiva no que tange as disposições legais atinentes a quebra do sigilo de dados telefônicos a fim de albergar no seu âmbito de proteção o rechaço daquelas provas altamente invasivas obtidas à mingua de decisão judicial para tanto, sem que reste, contudo, malferida a proteção constitucional de inviolabilidade à intimidade e/ou privacidade que são postas a salvaguarda pela Carta Magna (art. 5º, incisos X e XII, CF).

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código de processo penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www>. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 jun. de 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020.

CARLOS, Leandro de Paula. *O acesso ao whatsapp do cidadão pela polícia*. Publicado em 27/09/2018. Disponível em:<http//:www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 04 out. 2020.

CECARELLI, Camila Franchitto. *Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro*. 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. *In:* PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal:* estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo/Ada Pellegrini Grinover... [*et al.*]. Flávio Cardoso Pereira (coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

KIJINIK, Danilo. *A trilogia Olmstead-Katz-Kilo:* o art. 5º da Constituição do século XXI. *In:* SILVA, Ângelo Roberto Ilha [*et al.*]. *Temas de direito penal, criminologia e processo penal*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal:* volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: *Jus*PODIVM, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime:* comentários à Lei n. 13.964/19 artigo por artigo. Salvador: *Jus*PODIVM, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal:* perspectiva do sistema inquisitória através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA JÚNIOR, Rogério Faustino. *A quebra do sigilo do whatsapp como meio de prova aceito no direito pátrio.* Publicado em: 19 de outubro de 2017. Disponível em: <http//:www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 04 out. 2020.

SCORSIM, Ericson Meister. *A questão da criptografia do whatsapp:* julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da segurança das comunicações. Publicado em: jun. 2017. Disponível em: <http//:www.jus.com.br/artigos/a-questão...>. Acesso em: 03 out. 2020.

TARUFFO, Michele. *A prova.* Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Data de recebimento: 26/06/2020

Data de aprovação: 01/10/2020

O PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESTUDO DO TEMA 106 DO STJ

THE BINDING JUDICIAL PRECEDENT AND THE JUDICIALIZATION OF HEALTH: STUDY OF THE THEME 106 FROM STJ

Peter Panutto*
Rebeca de Queiroz Martins**

RESUMO

O Brasil é um país originário do *civil law*, mas, diante do constitucionalismo, passou a dar mais importância à estabilidade dos entendimentos gerados pelas decisões judiciais e a criar mecanismos que proporcionassem tratamento igual às causas com matéria fática similar. Neste sentido foi instituído, através do Código de Processo Civil de 2015, o sistema dos precedentes judiciais vinculantes, dentre os quais se inserem os recursos repetitivos. O presente trabalho visou compreender, através do estudo do Recurso Especial Repetitivo gerador do Tema 106 do STJ, os impactos dos precedentes no judiciário, sobretudo na judicialização da saúde, através de metodologia dedutiva e estudo de caso. Observou-se confusão e resistência dos órgãos julgadores ao lidarem com as teses, demonstrando que, apesar dos benefícios trazidos pela nova sistemática, o judiciário ainda passa por dificuldades de adaptação, revelando disparidades que podem colocar em risco os objetivos traçados pela nova lei processual.

Palavras-chaves: Precedentes Judiciais Vinculantes; Superior Tribunal de Justiça; Tema 106; judicialização da saúde; recursos repetitivos.

---

* Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito e membro do PPGD da PUC-Campinas, desenvolvendo pesquisas sobre jurisdição constitucional. Pós-Doutorando na Faculdade de Direito da USP. *Visiting Scholar* na *Washington University in St. Louis*. E-mail: ppanutto@puc-campinas.edu.br.

** Pós-Graduanda em Direito Civil e Trabalhista. Bacharela em Direito pela PUC-Campinas. E-mail: rebecaqmartins@gmail.com.

ABSTRACT

Brazil is a country which originated from the civil law, but faced with the constitutionalism, it started to give more importance to the stability of the understandings generated by judicial decisions and to create mechanisms that would provide equal treatment to causes with similar factual matter. In this sense, the Civil Process Code of 2015 instituted the system of binding judicial precedents, among which are the repetitive recourses. This work intended to understand, through the study of the Special Repetitive Appeal that generated the Theme 106 from STJ, the impacts of precedents in the judiciary, especially in the judicialization of health, through deductive methodology and case study. There was confusion and resistance from the judging authorities when dealing with the theses, showing that, despite the benefits brought by the new system, the judiciary is still facing difficulties of adaptation, revealing disparities that may put in risk the objectives outlined by the new process law.

Keywords: Binding Judicial Precedents; Superior Court of Justice; Theme 106; judicialization of health; repetitive resources.

INTRODUÇÃO

A sistemática de precedentes judiciais vinculantes é novidade no Brasil, uma vez que somente regulamentada pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC 2015). Muitos fatores podem ser apontados como influências para que o país adotasse esse mecanismo típico da tradição *common law,* dentre eles o intenso movimento do constitucionalismo, prevendo a necessidade de que o julgador adotasse uma postura crítica e interpretativa ao decidir os casos concretos, e também a própria desorganização da estrutura judiciária, na medida em que decisões díspares se mostravam cada vez mais frequentes frente a casos idênticos.

Neste sentido, os precedentes judiciais vinculantes surgiram como uma luz no fim do túnel, no intuito de auxiliarem na uniformização da jurisprudência, para que se torne íntegra, coerente e estável, conforme disposto no CPC 2015 em seu em seu artigo 926, e garanta a todos e a todas de um Poder Judiciário mais equânime, pautado nos importantes princípios da igualdade, celeridade e segurança jurídica.

Ocorre que a sistemática de precedentes, embora antecedida por muitas medidas que buscassem uma padronização nas decisões, como o próprio controle de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, ambos anteriores a vigência do CPC 2015, é novidade no país e ser aplicada em moldes similares àqueles dos países anglo-saxões (adotantes da *common law*) pode ser uma tarefa árdua na prática.

Por conta disso, o presente trabalho objetivou, através de estudo de caso, compreender o comportamento dos órgãos judicantes diante de um precedente vinculante, visando demonstrar se os benefícios pretendidos pelo CPC 2015 estão sendo alcançados, como se dá a aplicação de um precedente em casos concretos e quais são as dificuldades encontradas pelos julgadores no momento da aplicação do precedente.

Para tanto foi feito um estudo do Recurso Especial Repetitivo (REsp) n. 1.657.156 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que embasou a fixação das teses do Tema 106, primeiramente analisando os aspectos mais relevantes do julgado, para posteriormente analisar o comportamento de alguns órgãos judicantes diante das teses fixadas.

O artigo foi pautado no método dedutivo, partindo de uma ideia geral para conclusões específicas. Ademais, a pesquisa realizada também foi do tipo bibliográfica porque usou de referencial teórico para criar seu ponto de partida.

O artigo inicia com conceituações e concepções históricas sobre os precedentes judiciais vinculantes, passando a compreender o caminho trilhado por essa ferramenta no Brasil. Após, são apresentadas noções gerais sobre o recurso especial repetitivo para entender com maior exatidão o REsp n. 1.657.156 como objeto da pesquisa, bem como são tratadas as teses do Tema 106, analisando-se, por fim, o cenário jurisprudencial brasileiro anterior e posterior à fixação das teses em comento.

DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

Para compreender verdadeiramente o significado de um instituto, mais do que conhecer o posicionamento de grandes doutrinadores e pensadores a respeito dele, ou mesmo suas origens históricas, e a forma de consolidação atual, se faz necessário entender sua origem etimológica.

A palavra "precedente"[1], como adjetivo significa "aquilo que precede" ou "antecedente", já como substantivo se refere a um "exemplo anterior", e pode ser exatamente neste sentido de "exemplo anterior" que os precedentes, institutos jurídicos advindos da tradição *common law,* mas não exclusivamente, porque também utilizados no sistema da *civil law,* como se verá nos parágrafos seguintes, podem ser compreendidos.

Exemplificando[2], quando um pai ou uma mãe toma um posicionamento com relação ao seu filho mais velho, dando-lhe algum presente ou agrado, o filho mais novo imaginará que o mesmo lhe será feito, de igual modo, em circunstâncias

---

1 PRECEDENTE. *In: Dicionário da Língua Portuguesa*. Lisboa: Priberam Informática, 2020.

2 JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney; PRITSCH, Cesar Zucatti. *O sistema de Precedentes no Código de Processo Civil de 2015:* a superação do positivismo jurídico para a garantia de estabilidade e isonomia nas decisões judiciais. São Paulo: Revista de Processo, 2020, v. 303, p. 338.

iguais ou ao menos semelhantes; ou mesmo se o filho mais velho é castigado por alguma conduta que desagradou seus pais, imaginará que seu irmão mais novo será punido da mesma forma, se praticar o mesmo ato.

O precedente pode ser encarado, desta forma, como uma medida de igualdade, tratando da mesma forma pessoas que se encontrem em situações parecidas ou exatamente iguais, utilizando o passado como régua que medirá o presente e situações do porvir.

No âmbito judicial, afirma Junqueira[3] que o sistema de precedentes conferiu maior legitimidade às decisões judiciais e imprimiu ao sistema maior racionalidade, em atenção aos princípios da coerência, integridade das decisões, segurança jurídica e estabilidade.

Neste sentido, precedente judicial é "a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos"[4].

Classicamente, existem duas grandes tradições jurídicas no mundo, a romano-germânica *(civil law)* e a anglo-saxônica *(common law)*. Enquanto que a primeira foi embasada em preceitos do positivismo e na exegese, fomentada a partir da Revolução Francesa, e qualificada pelo juiz "boca da lei", a segunda se caracteriza por ser uma tradição que valoriza o juiz como participante ativo do processo, intérprete das diversas situações que lhe são colocadas em pauta, e que, para tanto, se utilizará de decisões proferidas por outros julgadores do passado, ou seja, fará uso dos precedentes judiciais.

Não se pretende dizer aqui que nos países adotantes da tradição "civil law" não se utilizam decisões anteriores para o embasamento de novos julgados, porém é histórico que em tal tradição, os precedentes sejam utilizados com mera força persuasiva, e não com força vinculante ou obrigatória, como se fazem nos países da tradição anglo-saxônica, dentre, adotantes do sistema *common law*, estão os Estados Unidos e a Inglaterra[5].

Sobre o caráter persuasivo e vinculante dos precedentes:

> [...] Dependendo do sistema em que se engasta a decisão, monocrática ou colegiada, é classificada em precedente vinculante (*binding autority*: sistema da *common law*) e precedente persuasivo, ou de fato, ou revestido de valor moral (*persuasive autority*: em regra, sistema da *civil law*)[6].

---

[3] *Ibidem*, p. 334.

[4] JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Bahia: Ed. Podivm, 2013, v. 2, p. 427.

[5] PANUTTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes:* o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 109.

[6] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

A característica de ser uma decisão vinculante é ínsita dos países adotantes do sistema da *common law*, porém o que se vê hoje é um movimento de aderência do Brasil, país de tradição romano-germânica, aos precedentes judiciais vinculantes, em uma tentativa de uniformizar a jurisprudência, tornando-a íntegra, coerente e estável.

Neste sentido, é possível entender o precedente judicial vinculante como uma ferramenta de origem histórica da tradição anglo-saxônica, que permite, de um lado, que os julgadores extravasem as barreiras da lei posta, interpretando axiologicamente as mais diversas situações que lhe são postas, em um movimento contrário ao positivismo do século XVII, e de outro, estabiliza a jurisprudência, gerando decisões mais equânimes, na medida em que uniformiza as decisões proferidas, criando verdadeiro equilíbrio entre o livre arbítrio do juiz e a mera aplicação da lei.

Da evolução do instituto no Brasil

Seria injusto afirmar que os precedentes judiciais vinculantes somente chegaram ao Brasil a partir da entrada em vigor do CPC 2015, isso porque, pouco a pouco, o Brasil já vinha admitindo a utilização de decisões anteriores como fonte de direito, de forma persuasiva e até mesmo vinculante.

Em 2004 foi editada a Emenda Constitucional n. 45 que previu a existência das chamadas Súmulas Vinculantes, emanadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e cuja observância é obrigatória nas instâncias inferiores do Poder Judiciário e demais membros da Administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal[7]. Além disso, quando atua em controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal também vincula suas decisões.

Um segundo avanço expressivo no Brasil foi as modificações realizadas pela Lei n. 11.418/2006[8]. A ideia da inclusão do artigo 543-A no antigo Código de Processo Civil foi a de reconhecer a repercussão geral aos recursos extraordinários, cujo entendimento, a partir de então, deveria valer aos demais casos idênticos, julgados pelas cortes inferiores e juízes de primeiro grau.

Além disso, a própria Carta Magna influenciou nesta mudança. Isto porque o movimento do constitucionalismo no Brasil[9], prevendo a necessidade de que os juízes proferissem decisões baseadas nos princípios constitucionais estampados na Constituição de 1988, e também nos direitos e garantias ali contidos, aliado as dificuldades estruturais dos nossos tribunais, comprometeu o sistema da *civil law*, que passou a encontrar inúmeros percalços práticos:

---

7 JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney; PRITSCH, Cesar Zucatti, *op. cit.*, p. 337.

8 JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney; PRITSCH, Cesar Zucatti, *op. cit.*, p. 338.

9 PANUTTO, Peter, *op. cit.*, p. 122.

> A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais[10].

Mas foi somente em 2015, com o advento do Código de Processo Civil, que houve uma mudança substancial na estrutura do sistema brasileiro *civil law,* aproximando-o do *common law.*

> Nestes termos, com o estabelecimento dos precedentes vinculantes no Brasil pelo Novo Código de Processo Civil, haverá a adoção de importantes elementos do sistema do *common law*, pois as instâncias inferiores terão redução da autonomia na interpretação de matéria constitucional, passando a ficar vinculadas aos precedentes já fixados pelo STF, independentemente de edição de súmula vinculante sobre o assunto. Haverá, do mesmo modo, redução da autonomia dos juízes de primeiro e segundo graus de interpretar lei federal, os quais estarão vinculados aos entendimentos fixados pelo STJ[11].

De se notar que o Brasil está vivendo um movimento invertido com relação aos países da *common law,* porque enquanto lá se buscam técnicas para flexibilizar a grande estabilidade do uso de precedentes, aqui necessita-se estabilizar a jurisprudência dada sua instabilidade[12]. Dada a ausência de cultura precedentalista no Brasil, é de se notar que não há ainda efetivamente precedentes obrigatórios, mas tão somente ementas vinculantes, desconectadas das causas concretas, sem nenhuma preocupação dos tribunais com a cadeia de precedentes e sua necessária coerência, gerando uma moldura mediante a qual diversos processos futuros serão solucionados sem o menor critério de similitude[13], de modo que o Brasil precisa avançar para uma institucionalização dos precedentes, para que representem efetivamente o entendimento das Cortes sobre o tema[14].

De todo modo, a tese adotada em casos repetitivos criam no cidadão uma sensação de estabilidade, mostrando que seus comportamentos serão considera-

---

10 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

11 PANUTTO, Peter, *op. cit.*, p. 122.

12 ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira:* a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 154.

13 *Ibidem*, p. 107.

14 PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, p. 205-226, 2018.

dos lícitos nas decisões judiciais posteriores, porque em conformidade com aquilo que já foi julgado[15], passando os administrados a ter confiança "na legitimidade das teses" e dos atos praticados com base nestas[16], de modo que a criação dos precedentes passou a tutelar a segurança jurídica, tanto no tocante as decisões do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça[17].

Do recurso especial repetitivo como precedente obrigatório

O recurso especial repetitivo está previsto na legislação desde o acréscimo do artigo 543-C no antigo Código de Processo Civil, através da Lei n. 11.672/2008, devido à litigiosidade em massa que já era enfrentada.

Atualmente, é a partir do artigo 1.036 do CPC 2015 que são tratado os recursos especiais repetitivos:

> Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça[18].

O CPC 2015 passou a dar força obrigatória a este instituto, com expressa menção no artigo 927 de que os juízes *a quo* e os tribunais "observarão" as decisões de acórdãos proferidos em julgamento de recursos excepcionais:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais **observarão**:
>
> (...)
>
> III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> (...)
>
> Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
>
> I – incidente de resolução de demandas repetitivas;
>
> **II – recursos especial e extraordinário repetitivos.**
>
> (...)[19] (Grifos nossos)

---

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O STJ e o princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Revista do Advogado, 2019, v. 39, n. 141, p. 163.

16 *Ibidem*, p. 164.

17 PANUTTO, Peter, *op. cit.*, p. 63.

18 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*, Brasília, DF, março de 2015.

19 *Idem*.

O recurso especial é, assim, por excelência, um recurso excepcional, tal como o recurso extraordinário, o que significa dizer que ele não lida com matérias fáticas, mas tão somente com questões de direito, pois matéria probatória deve ser analisada pelo primeiro e segundo graus da jurisdição.

É primordial que para o manejo de um recurso especial, conforme previsão no artigo 105, inciso III da Constituição Federal (CF), exista algum tipo de controvérsia envolvendo a aplicação de uma lei federal. Ademais, ele somente será utilizado para causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, sendo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Tais considerações são de extrema relevância para a compreensão do julgamento do Recurso n. 1.657.156/RJ que será analisado no tópico seguinte. Isto porque o argumento, para sua interposição, foi justamente o artigo 105, III, "a" da Carta Magna, afirmando o recorrente, no caso em concreto, o Estado do Rio de Janeiro, que foi negada a vigência da Lei Federal n. 8.080/1990 nas decisões de primeiro e segundo graus.

Porém, foi a forte divergência jurisprudencial ao redor do assunto base, com a interposição massiva de recursos especiais tratando do mesmo tema que levou o Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a seleciona-lo como representativo da controvérsia, e encaminha-lo ao Superior Tribunal de Justiça, determinando, inclusive, a suspensão dos demais processos em trâmite em sua jurisdição[20].

Assim, na sistemática do CPC de 2015, a questão fixada como tese pelo tribunal superior deverá ser observada em todos os processos cuja tramitação ficou suspensa (conforme artigo 1.037 CPC) e também nas causas vindouras em que se tratar a mesma questão jurídica[21].

Tal ponto revela a própria essência de um precedente vinculante na sistemática atual, que é justamente servir de parâmetro para o julgamento de causas futuras que tratem de idêntica questão. Sendo assim, o recurso repetitivo é de grande utilidade, na medida em que não apenas reduz a grande quantidade de recursos que versem sobre o mesmo tema, mas também padroniza as decisões, gerando segurança jurídica.

Do Recurso Especial Repetitivo n. 1.657.156 RJ (Tema 106)

O julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.657.156/RJ, o qual gerou futuramente o Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça, representou um marco

---

[20] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 557-559.

[21] MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1393.

das transformações pela qual o ordenamento jurídico processual tem passado em matéria de precedentes judiciais vinculantes, porque iniciou um processo de uniformização formal da jurisprudência que trata do fornecimento de medicamentos não padronizados pelo Poder Público, sendo seguido por outros recursos, como o RE n. 657718/MG e o RE n. 566471/RN, estes julgados pelo Supremo Tribunal Federal[22].

Importante registrar que segundo o Boletim de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça[23], o recurso em comento foi o primeiro repetitivo no qual o Tribunal modulou os efeitos da decisão. Isso significa que os efeitos da decisão proferida no julgamento do REsp n. 1.657.156 só foram admitidos como vinculantes para processos ajuizados após a data da decisão, qual seja 25 de abril de 2018.

O caso fático analisado pelo tribunal superior envolveu o pedido de uma jurisdicionada que havia sido diagnosticada com glaucoma e possuía prescrição médica que previa a necessidade de que fizesse uso de três colírios não constantes nas listas e protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde (SUS). Ao tentar obter tais medicações do Poder Público, a jurisdicionada não foi bem sucedida porque a Lei n. 8.080/1990 não prevê a possibilidade de fornecer medicamentos não constantes nas listas do SUS. Diante disto, ingressou com demanda contra o Estado do Rio de Janeiro e contra o município de Nilópolis, para obter judicialmente o atendimento de seu pedido.

A decisão de primeiro grau foi favorável e confirmada pela decisão de segundo grau, quando o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado do Rio de Janeiro[24]. Insatisfeito e acreditando que a pretensão da jurisdicionada negava vigência à Lei Federal n. 8.080/1990, o Estado do Rio de Janeiro interpôs Recurso Especial, inadmitido inicialmente pelo relator, sendo conhecido posteriormente após interposição de Agravo Interno em Recurso Especial.

O Recurso Especial foi afetado como recurso especial repetitivo, na lógica do artigo 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, passando a ser

---

22 O Recurso Extraordinário (RE) n. 566471, julgado em março de 2020 determinou que o Estado não é obrigado ao fornecimento de medicamentos de alto custo não registrados nas listas e protocolos clínicos do SUS, utilizando as teses de que tal fornecimento compromete excessivamente o orçamento público e dificulta na efetivação de políticas públicas.

Já no Recurso Extraordinário (RE) n. 657718/MG ficou sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal que não são devidos pelo Poder Público medicações não registradas pela Anvisa, salvo algumas excepcionalidades, que ainda serão pontuadas em tema vinculante, futuramente.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Boletim de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça*. Edição n. 08. Brasília: 16 de maio de 2018.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1657.156 RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves (Primeira Seção), Data do Julgamento: 25 de abril de 2018. Diário Oficial da União 04/05/2018, Brasília.

representativo da controvérsia. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou a suspensão de todos os processos que envolviam questão idêntica, de acordo com o que dispõe o diploma processual.

A importância deste julgado vai além do benefício individual da jurisdicionada interessada, pois fixou teses, dispostas posteriormente no Tema 106 (publicado no informativo 625 do STJ), com base nas quais todos os casos futuros idênticos deveriam ser julgados. Os requisitos pontuados foram os seguintes:

> (...)
>
> 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015
>
> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.
>
> 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015[25].

O primeiro requisito tratou do dever da parte postulante trazer aos autos prescrição médica que receitasse o uso da medicação específica, fazendo constar expressamente, em plena consonância com os Enunciados 14 e 15 da I Jornada de Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a ineficácia de outros fármacos disponibilizados pelo SUS para tratamento da moléstia.

A consequência prática disso é um tanto quanto simples: o médico não pode simplesmente receitar uma medicação, devendo explicar o porquê de aquela medicação ser a indicada ao caso concreto, bem como as razões pelas quais uma medicação similar oferecida pelo SUS não pode ser utilizada.

O segundo requisito trata da questão da hipossuficiência da parte. Não significa comprovar situação de pobreza ou miserabilidade, mas sim que a parte não tem condições de adquirir aquela medicação sem prejuízo à sua subsistência e de sua família.

O último requisito, também já reafirmado posteriormente no julgamento do RE N. 657.718 do Supremo Tribunal Federal, diz respeito ao fato de que o fármaco deve ter registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

---

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1657.156 RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves (Primeira Seção), Data do Julgamento: 25 de abril de 2018. Diário Oficial da União 04/05/2018, Brasília.

A decisão prolatada no acórdão que originou o Tema 106 foi justificada principalmente pela garantia do direito social e constitucional à saúde (artigo 6º da Carta Magna), que como tal é de observância obrigatória pelo Estado.

Como foi ao encontro das decisões que já vinham sendo proferidas por tribunais superiores, privilegiando a garantia do direito à saúde, ao mesmo tempo em que se preocupou em limitar o acesso, mediante imposição de requisitos técnicos (laudo circunscrito e registro na ANVISA) e econômicos (comprovação de hipossuficiência) aos medicamentos pleiteados, sua aplicação mostra-se razoável e possível como precedente vinculante nas demais instâncias.

Por outro lado, razões institucionais como dotação orçamentária insuficiente pelo Estado para satisfazer direitos individuais em detrimento de coletivos, discussões jurídicas como o aviltamento da tese, que se verá adiante, sobre a inconstitucionalidade do Tema 106, e até mesmo as dificuldades de comprovação dos requisitos impostos no julgado, durante as fases de instrução probatória nas instâncias inferiores podem inviabilizar, na prática, a adoção irrestrita das teses do Tema 106 em um caso ou outro.

Cenário jurisprudencial da judicialização da saúde anterior à fixação do Tema 106

A judicialização da saúde é tema de estudo recorrente, pois há grande quantidade de ações judiciais pleiteando fornecimento ao Poder Público de medicamentos, insumos, tratamentos, procedimentos cirúrgicos, dentre outras medidas que comportam em prejuízo orçamentário aos entes federados.

Na composição dos votos, (no julgamento do recurso debatido), tanto do Relator Min. Benedito Gonçalves, quanto no voto-vista da Min. Assusete Magalhães, percebe-se que há a invocação de inúmeras decisões anteriores tratando do mesmo assunto para sedimentar o que ficou decidido ao final. Isso demonstra que a tendência do Superior Tribunal de Justiça era a de ratificar entendimento anterior de deferimento do pedido quando comprovada a necessidade de uso da medicação, devidamente prescrita por médico, bem como a incapacidade financeira do pleiteante e o registro na Anvisa.

Todavia, apesar de haver entendimentos anteriores neste sentido, a decisão ficava a critério de cada julgador, que ora privilegiava dispositivos constitucionais e a tutela à saúde para deferir o pedido de uma medicação, ora privilegiava o ente público, sob os argumentos da inviabilidade de não se atender aos dispositivos da Lei n. 8.080/1990, importância de se respeitar a dotação orçamentária, dificuldade em efetivar políticas públicas com uma judicialização tão intensa na área da saúde, dentre outros.

Portanto, seja para deferir ou para indeferir o pleito judicial de tratamentos de saúde, eram utilizados argumentos diversos, sem critérios de similitude, e que

colocavam ambas as partes do processo em situação de extrema incerteza e instabilidade jurídica.

Vejam-se os dois exemplos abaixo, que são ementas de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÃO – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – PACIENTE PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA PARANOIDE – CONCESSÃO DA SEGURANÇA – CONFIRMAR A SENTENÇA.
>
> – O direito à saúde, em razão de sua natureza – direito fundamental –, se sobrepõe a qualquer tipo de regulamentação ou burocracia a inviabilizar seu pleno exercício.
>
> **– É de rigor a concessão da segurança para fornecimento de fármaco quando comprovada, por documentos, a imprescindibilidade do medicamento para tratamento de paciente com esquizofrenia**[26].
>
> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO À SAUDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – SOMATROPINA – DROGA FORNECIDA PELO PODER PÚBLICO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS EM PROTOCOLO DE POLÍTICA PÚBLICA PARA A SUA DISPENSAÇÃO – NÃO DEMONSTRAÇÃO
>
> 1. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas às pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.
>
> **2. Não se pode admitir a imposição do fornecimento a paciente, de insumos padronizados para dispensação regular pelo SUS, quando não comprovado o preenchimento dos requisitos estabelecidos em protocolo de política pública para a sua disponibilização na rede pública de saúde.**
>
> 3. Recurso provido[27]. (Grifos nossos)

Propositadamente foram escolhidos dois julgados de datas próximas, o primeiro de 01 de março de 2018, e o segundo de 07 de março de 2018, ambos julgados pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo o primeiro um acórdão em apelação, e o segundo um acórdão em agravo de

---

[26] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0390.16.004484-3/001*. Relator: Carlos Levenhagen, (5ª Câmara Cível). Data do julgamento: 01/03/2018. Diário da Justiça Eletrônica: 07/03/2018, Belo Horizonte.

[27] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 1.0680.17.001629-8/001*, Relator: Áurea Brasil, (5ª Câmara Cível). Data do julgamento: 01/03/2018. Diário da Justiça Eletrônica: 07/03/2018, Belo Horizonte.

instrumento. Embora tão semelhantes quanto às datas e idênticos quanto ao órgão julgador, os posicionamentos são completamente diferentes.

Enquanto que na apelação trazida se privilegia o direito a saúde, demonstrando que uma simples prescrição médica poderia surtir o efeito de dar procedência ao pedido, no agravo de instrumento, que analisava a questão de tutela de urgência, o órgão julgador entendeu que como não havia previsão no protocolo clínico do SUS, o particular não faria jus ao percebimento da medicação.

Em outro exemplo, em apelação[28], julgada pela 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com relatoria do Des. Magalhães Coelho, cuja data de publicação do julgamento é de 2016, foi negado provimento ao recurso da Fazenda Estadual, mantendo a sentença de primeiro grau que concedeu medicamento para tratamento de gonartrose a um particular. A decisão se embasou nos artigos 5º e 196 da Carta Magna, limitando-se a expor que o relatório médico previa a necessidade do fármaco, e que, portanto, era obrigação do ente público fornecê-lo. Neste caso, o pedido do particular foi julgado procedente somente com base no critério da presença de prescrição médica.

Em suma, o cenário anterior ao Tema 106 era de instabilidade e forte insegurança jurídica para todos os envolvidos na relação processual, havendo divergência jurisprudencial não somente quanto ao fato de serem devidos ou não medicamentos não padronizados pelo SUS, mas também pela ausência de padrão de concessão, quando o juízo entendesse devido.

O Tema 106 veio, portanto, uniformizar a jurisprudência sobre medicamentos não padronizados, evitando a manutenção de decisões contraditórias e preservando a lógica desejada pela sistemática de precedentes judiciais vinculantes.

Cenário jurisprudencial posterior à fixação das teses do Tema 106

Após o julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.657.156 os tribunais têm aplicado, em sua maioria, o entendimento que firmado. Em recurso de apelação, de relatoria do Des. Marcelo L. Theodósio, com publicação do julgamento em 2019, percebe-se na ementa a preocupação do desembargador em cumprir com os requisitos do Tema 106:

> APELAÇÃO – Ação de Obrigação de Fazer com pedido liminar – Fornecimento de medicamentos – INSULINA GLARGINA (Lantus), INSULINA Lispro (Humalog), CYMBI 30 mg e PERMEAR 30 mg – Autora

[28] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1014773-92.2015.8.26.0071*. Relator: Magalhães Coelho (7ª Câmara de Direito Público). Bauru (2ª Vara da Fazenda Pública), Data do Julgamento: 18/12/2015. Diário da Justiça Eletrônica: 19/12/2015, São Paulo.

> portadora de Diabetes Grave, (CID 5981, 6560 e M 658) – Indeferida a tutela antecipada – Decisão em 2º grau deferindo efeito ativo ao Agravo de Instrumento interposto pela autora, para que a ré forneça os medicamentos solicitados – Decisão deste Relator dando provimento ao Agravo de Instrumento – Sentença de improcedência – Inteligência dos arts. 196 e 198 da Constituição Federal, arts. 219 e 223 da Constituição Estadual e Lei 8.080/90 – **O C. STJ no julgamento do REsp n. 1.657.156/RJ, DJE 04/05/2018, mediante sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 106 – STJ), fixou tese a respeito da necessidade de concessão, pelo Poder Público, de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Programa de Medicamentos Excepcionais), preenchidos determinados requisitos – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do E. Superior Tribunal de Justiça** – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO[29]. (Grifos nossos)

Ao longo do acórdão vê-se que o relator tratou de todos os pontos da tese firmada no recurso vinculante, e ao final deu procedência ao recorrente – que no caso, era um particular – por considerar que a demanda obedecia ao que foi vinculado pelo Tema 106, demonstrando uma maior objetividade do julgador ao tratar do assunto.

Neste mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em decisão de agosto de 2020:

> EMENTA: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JULGAMENTO DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça proferido no julgamento do Tema n. 106 (REsp n. 1.657.156/RJ), deve ser negado seguimento ao recurso especial. Agravo interno desprovido[30].

Contudo, há casos de não cumprimento da Tese 106, mediante questionamento da constitucionalidade de sua vinculação. Em julgamento da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, figurando o Des. Leonel Costa como relator, entendeu-se o precedente judicial vinculante do Superior Tribunal de Justiça como mero "roteiro de requisitos cumulativos", o qual invadiria função legislativa de modo ilegal:

---

[29] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1024129-45.2016.8.26.0114*. Relator: Marcelo L Theodósio (11ª Câmara de Direito Público). Campinas (1ª Vara da Fazenda Pública). Data do Julgamento: 02/04/2019. Diário da Justiça Eletrônica: 02/04/2019, São Paulo.

[30] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo Interno 1.0439.15.011878-4/005*. Relator: Afrânio Vilela, (Órgão Especial), Data do julgamento: 29/04/2020. Diário da Justiça Eletrônica: 14/08/2020, Belo Horizonte.

> APELAÇÃO DIREITO À SAÚDE CIRURGIA. Pretensão de realização de cirurgia "artroscopia e reconstrução aberta". TESE 106 DO STJ Descabimento de sua aplicação por não se cuidar de tese de direito fixada pelo Tribunal Superior, mas roteiro de requisitos cumulativos para a concessão de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS, com invasão da função legislativa, sem a virtude de dar solução à questão de direito assegurando a uniformidade da jurisprudência. Ilegalidade da TESE 106 do STJ que não se conforma com o regramento do CPC/2015. Prevalência do princípio constitucional de tutela ao direito à saúde[31].

Embora a Câmara tenha se mostrado contrária à aplicação das teses, deferiu o pedido pelas medicações, com base em princípios e garantias constitucionais, o que pode ser visto como uma forma de invalidar a objetividade trazida pelo Tema 106, voltando à antiga possibilidade de cada juízo decidir conforme suas próprias interpretações. Esse comportamento confrontante na aplicação de precedentes pode se dever ao fato de que seu uso é novo no sistema jurídico brasileiro, tendo em um lado mera a resistência à sua observância, e no outro lado "uma observância acrítica, rasa ou superficial, baseada apenas na literalidade de 'teses', súmulas ou ementas, como se textos legislativos gerais e abstratos fossem"[32].

Se de um lado, a fixação das teses no Tema 106 trouxe maior objetividade, praticidade na questão debatida sobre medicamentos, uniformizando a jurisprudência neste sentido, seu uso indiscriminado, desvinculado dos objetivos essenciais de um precedente judicial, sendo aplicado como se lei geral e abstrata fosse, desvirtua todo o instituto e a sistemática pretendida pelo diploma processual.

Um precedente deve ser aplicado conforme a identidade das demandas, pela via da análise do suporte fático e do direito[33]. Têm-se notado alguns juízos aplicando as teses fixadas no Tema 106 para casos que, embora semelhantes, podem ser diferenciados nos fatos e no direito, como por exemplo, em pedidos de equipamentos médicos ou realização de cirurgia, que não regidos essencialmente pelo artigo 19-M da Lei n. 8.080/1990.

Nestes casos, em que há similitude, pode não haver, por outro lado, identidade de demandas, restando a dúvida sobre a possibilidade de aplicação ou não das teses.

---

31 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1021904-81.2018.8.26.0114*. Relator: Leonel Costa (8ª Câmara de Direito Público). Data do julgamento: 13 de setembro de 2018. Diário da Justiça Eletrônica: 21 de setembro de 2018, São Paulo.

32 JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney; PRITSCH, Cesar Zucatti, *op. cit.*, p. 339.

33 PORTO, Sérgio Gilberto, *op. cit.*, p. 16.

Veja-se posicionamento da 10ª Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo que para um caso não idêntico ao disciplinado pelo Tema 106, decidiu por sua aplicação como precedente vinculante:

> **Equipamento médico BIPAP**. Fornecimento. **Tema 106 STJ**. Fila de espera Possibilidade: **O Estado tem o dever constitucional de fornecer medicamento ou equipamento indispensável para a saúde e a vida de todos os necessitados, propiciando o acesso igualitário à assistência médica e farmacêutica.** O fornecimento de equipamento médico deve observar a fila de espera na unidade de saúde, cumprindo aos médicos priorizar os casos mais graves, exceto quando provada a urgência ou emergência no caso concreto[34].

Portanto, vê-se que a adoção ou não das teses do Tema 106 ainda é tema de polêmica diante dos tribunais, tanto na forma de aplicação, como se deve ou não ser aplicado nos casos concretos, demonstrando que, apesar dos benefícios trazidos pelas teses, ainda existem dificuldades práticas relevantes que podem ser explicadas por um movimento de adaptação cultural do Poder Judiciário à sistemática de precedentes vinculantes[35].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os precedentes judiciais vinculantes têm raízes históricas na tradição do *common law,* sendo atualmente disciplinados no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015, como forma de vincular os próprios tribunais geradores do precedente, bem como os tribunais e instâncias inferiores, de modo a garantir previsibilidade e segurança jurídica.

Esta necessidade de maior estabilidade jurisprudencial foi desejada pois implicaria no fortalecimento da autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como Cortes Supremas no sistema judiciário pátrio, amplificando a *auctoritas* da jurisprudência, uma vez que as decisões firmadas em precedentes passariam a ser obedecidas por todos os juízos, colaborando com o fortalecimento do Poder Judiciário como um todo. Neste contexto, o presente trabalho se debruçou sobre o estudo de um caso que gerou a decisão vinculante proferida no Recurso Especial Repetitivo n. 1.657.156, o qual permitiu a edição das teses do Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça, visando compreender,

---

[34] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1052539-45.2018.8.26.0114*. Relator: Teresa Marques (10ª Câmara de Direito Público). Data do julgamento: 15 de agosto de 2019. Diário da Justiça Eletrônico: 20 de agosto de 2019, São Paulo.

[35] PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi. Razão, emoção e deliberação: as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, p. 758-766, 2018.

por meio de metodologia dedutiva, os impactos de um precedente judicial vinculante na prática judicante sobre judicialização da saúde.

Quanto aos julgamentos anteriores à fixação das teses, notou-se ausência de alinhamento entre as decisões, embasadas em argumentos diversos que poderiam resultar na concessão ou não dos medicamentos não padronizados pelo SUS, embora a tendência da jurisprudência, conforme se extraiu dos votos do recurso especial analisado, fosse a de deferir este tipo de formulação, embasada em dispositivos constitucionais de direito à saúde.

Observou-se que, a despeito de haver cumprimento pelos juízos inferiores na maioria dos casos relativos ao Tema 106, há casos extraídos da jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que demonstram não haver congruência quanto às teses fixadas, nem se é devido o respeito ao precedente judicial vinculante.

Além disso, a jurisprudência ainda demonstra haver dúvidas quanto às hipóteses concretas nas quais cabe aplicação do Tema 106: se somente para casos de pedidos de medicamentos, ou se para as mais diversas demandas na área de saúde (cirurgia, insumos, dietas, tratamentos etc).

De todo modo, apesar de tais incompatibilidades e dúvidas, ficou evidenciada a preocupação da maioria dos juízos em aplicar de forma integral as teses do Tema 106, estabilizando o assunto e gerando maior segurança jurídica às partes envolvidas na relação processual e gerando maior previsibilidade aos entes federados e aos cidadãos em geral sobre tema tão sensível.

Contudo, apesar do respeito à segurança jurídica e à previsibilidade alcançados pelo Tema 106 gerado por um recurso especial repetitivo, tido como precedente judicial vinculante pelo CPC 2015, fica claro que é preciso um amadurecimento dos juízes e tribunais para esta nova realidade, para uma efetiva adaptação cultural para a criação e respeito dos precedentes judiciais, o que propiciará maior eficiência ao Poder Judiciário como um todo.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*, Brasília, DF, março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015 2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1657.156 RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves (Primeira Seção), Data do Julgamento: 25 de abril de 2018. Diário Oficial da União 04/05/2018, Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça/organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista*, Brasília.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0390.16.004484-3/001.* Relator: Carlos Levenhagen, (5ª Câmara Cível). Data do julgamento: 01/03/2018. Diário da Justiça Eletrônica: 07/03/2018, Belo Horizonte.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 1.0680.17.001629-8/001,* Relator: Áurea Brasil (5ª Câmara Cível). Data do julgamento: 01/03/2018. Diário da Justiça Eletrônica: 07/03/2018, Belo Horizonte.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1014773-92.2015.8.26.0071.* Relator: Magalhães Coelho (7ª Câmara de Direito Público). Bauru (2ª Vara da Fazenda Pública), Data do Julgamento: 18/12/2015. Diário da Justiça Eletrônica: 19/12/2015, São Paulo.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1024129-45.2016.8.26.0114.* Relator: Marcelo L Theodósio (11ª Câmara de Direito Público). Campinas (1ª Vara da Fazenda Pública). Data do Julgamento: 02/04/2019. Diário da Justiça Eletrônica: 02/04/2019, São Paulo.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo Interno 1.0439.15.011878-4/005.* Relator: Afrânio Vilela, (Órgão Especial), Data do julgamento: 29/04/2020. Diário da Justiça Eletrônica: 14/08/2020, Belo Horizonte.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Boletim de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: 16 de maio de 2018. Edição n. 08. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Processos/Recursos%20repetitivos/8_boletim_precedentes_stj.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O STJ e o princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Revista do Advogado, 2019, v. 39, n. 141.

JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil.* Bahia: Ed. Podivm, 2013, v. 2.

JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney; PRITSCH, Cesar Zucatti. *O sistema de Precedentes no Código de Processo Civil de 2015:* a superação do positivismo jurídico para a garantia de estabilidade e isonomia nas decisões judiciais. São Paulo: Revista de Processo, 2020, v. 303.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Anderson Cortez. *Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes.* Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 16, n. 16, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18434>. Acesso em: set. 2019.

PANUTTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes:* o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, p. 205-226, 2018.

PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi. Razão, emoção e deliberação: As adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, p. 758-766, 2018.

PRECEDENTE. *In: Dicionário da Língua Portuguesa*. Lisboa: Priberam Informática, 2020. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlDLPO>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira:* a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

Data de recebimento: 03/09/2020

Data de aprovação: 22/12/2020

TENSÕES E (IN)CONSTITUCIONALIDADE NA IMUNIDADE PARLAMENTAR: UMA ABORDAGEM DO CASO MARIA DO ROSÁRIO × JAIR BOLSONARO

TENSIONS AND (IN) CONSTITUTIONALITY IN PARLIAMENTARY IMMUNITY: AN APPROACH TO THE MARIA DO ROSÁRIO × JAIR BOLSONARO CASE

Ícaro Argolo Ferreira[*]
Vivaldo Oliveira Queiroz Filho[**]

RESUMO

O presente trabalho procura analisar a Imunidade Parlamentar Material. Para contextualizar o instituto analisou-se a condenação do então deputado federal Jair Messias Bolsonaro a indenizar a deputada federal Maria do Rosário diante de ofensas realizadas pelo primeiro em discurso no plenário da Câmara dos Deputados e em entrevistas veiculadas pela mídia, ao declarar que não estupraria a deputada, porque a mesma não merecia. Com fulcro no art. 53 "Caput" da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trata da imunidade parlamentar material dos deputados e senadores em suas palavras, votos ou opiniões. Com uma abordagem qualitativa, através de pesquisa bibliográfica buscou-se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, doutrina e Constituição Federal. Com base nos estudos conclui-se que a imunidade material não é absoluta quando as palavras ou opiniões são proferidas em ambiente externo a Casa do congressista, uma vez que estas devem manter conexão com o mandato.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Imunidade Parlamentar Material. Honra. Limite.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the Material Parliamentary Immunity. To contextualize the institute, the condemanation of the then federal deputy

[*] Doutor em Política Social e Cidadania (UCSal). Professor de Direito da Faculdade de Ciências e Empreendedorismo (FACEMP), Política Social e Direito Constitucional. E-mail: adv.icaro argolo@gmail.com.

[**] Bacharel em Direito pela Faculdade Ciências e Empreendedorismo, Direito Constitucional. E-mail: vivaldouba@hotmail.com.

Jair Messias Bolsonaro to indemnify the federal deputy Maria do Rosário in the face of offenses carried out by the first in a speech in the plenary of the Chamber of Deputies and in offenses carried out by the media, when declaraing that he would not rape the deputy, because she did not desserve it. With fulcrum in art. 53 "Caput" of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, which delas with the material parliamentary immunity of deputies and senators in their words, votes or opinions. With a qualitative approach, through bibliographic research we sought to analyze the jurisprudence of the Federal Supreme Court, doctrine and Federal Constitution. Based on the studies, it is concluded that the material immunity is not absolute when the words or opinions are spoken outside the congressman's house, since these must maintain connection with the mandate.

Keywords: Constitutional right. Material Parliamentary Immunity. Honor. Limit.

INTRODUÇÃO

Tema de relevantes debates tem sido o instituto das imunidades parlamentares concedidas constitucionalmente aos representantes do Poder Legislativo como forma de proteção e independência do parlamentar em suas manifestações com fundamentos no art. 53 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[1], que assegura que "os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos", contra formas de intimidação funcionando como garantia de liberdade do exercício da função parlamentar.

As imunidades parlamentares têm papel importante no desenvolvimento da democracia, com fulcro na independência harmoniosa da separação dos poderes, tendo em vista uma atuação independente e livre dos parlamentares frente aos demais poderes da República em sua função de representantes dos interesses do povo e do país, seu enquadramento se dá quanto à prisão e ao processo (imunidades formais), e quanto às palavras, votos e opiniões (imunidade material), objeto deste estudo. Para Moraes[2] "a finalidade destas prerrogativas é a subsistência da democracia e do próprio Estado de Direito", logo não há que se falar em inobservância ao princípio da igualdade em favor dos parlamentares, tendo em vista a importância dessas prerrogativas na manutenção do Estado Democrático de Direito.

---

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2019.

2 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 438.

É fato que o Brasil em sua jovem democracia vem acompanhando, principalmente nos últimos anos, debates calorosos no Congresso Nacional, que são observados e acompanhados pela mídia, principalmente dos parlamentares que em suas explanações fogem do senso ético e fazem ataques pessoais a outras pessoas e autoridades, inclusive com cunho ofensivo e, às vezes, essas ofensas se dissipam pela casa legislativa e extrapolam para a imprensa.

Conforme o Recurso Especial n. 1.642.310[3], em dezembro de 2014 Jair Bolsonaro ofendeu a honra da deputada Maria do Rosário durante discurso no Plenário da Câmara dos Deputados, em seu canal do Youtube, em que o deputado teria dito que a deputada "não merecia ser estuprada", e em entrevistas concedidas a imprensa, inclusive do interior do seu gabinete reiterou as ofensas.

Consta ainda nos autos que em entrevista ao jornal Zero Hora de circulação nacional, Bolsonaro teria reafirmado as declarações, dizendo que Maria do Rosário "é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria", mantendo um discurso machista e ofensivo contra Maria do Rosário, o que havia sido realizado no plenário da Câmara dos Deputados no dia anterior.

Diante dessas ofensas Maria do Rosário ajuizou ação indenizatória por danos morais, sendo Jair Bolsonaro condenado a indenizar Maria do Rosário em R$ 10.000,00 (dez mil reais) e a publicar uma retratação. A presente condenação, após os recursos interpostos pelo réu, foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando o réu teve Recurso Especial denegado.

Para efetivação desse trabalho e atingir os objetivos propostos, a pesquisa foi desenvolvida segundo a abordagem qualitativa, por se caracterizar pelo enfoque interpretativo utilizando a técnica da pesquisa bibliográfica e que para Marconi e Lakatos[4] é aquela que "abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc", buscando uma relação entre posicionamentos, conceitos e ideias acerca da imunidade parlamentar material.

Imunidade parlamentar material

Ao atribuir tratamento específico à matéria, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 53 a 56), admite que as imunidades parlamentares

---

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.642.310/DF*. Distrito Federal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 agosto 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.

4 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 166.

fundamentam-se na prerrogativa que o legislador tem liberdade e independência para atuar em sua função legislativa, de forma que não venha sofrer qualquer tipo de limitação, interferência ou ingerência dos poderes executivo e judiciário ou qualquer outro setor da sociedade. Para Moraes[5],

> as imunidades parlamentares representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo. São prerrogativas, em face do direito comum, outorgadas pelas Constituições aos membros do Congresso, para que possam ter bom desempenho de suas funções.

As imunidades parlamentares historicamente têm como cerne principal proporcionar ao parlamentar liberdade para atuação em suas funções de legislar, em especial a função típica de fiscalizar o poder executivo, conforme previsto no art. 49, inciso X da Lei Maior, ou seja, tem uma finalidade democrática "na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação dos Poderes"[6] e que estas remontam de uma construção histórica admitidas em vários ordenamentos jurídicos, principalmente no direito europeu como na França e Alemanha, sendo regulamentada na Constituição dos Estados Unidos e perpassou por todas as Constituições Brasileiras, com as devidas particularidades, até o modelo atualmente aplicado e essas imunidades são subdivididas, segundo a doutrina, em material ou inviolabilidade parlamentar e imunidade formal.

Para Moraes[7] "a finalidade destas prerrogativas é a estabilidade da democracia e do próprio Estado de Direito" e para o próprio doutrinador a imunidade material trata-se de,

> prerrogativa concedida aos parlamentes para o exercício de sua atividade com a mais ampla liberdade de manifestação, por meio de palavras, discussão, debate e voto, tratando-se, pois a imunidade, de cláusula de irresponsabilidade funcional dos congressistas, que não pode ser processado judicial ou disciplinarmente pelos votos que emitiu ou pelas palavras que pronunciou no parlamento ou em uma das suas comissões[8].

De acordo com essa prerrogativa, o parlamentar tem a faculdade para externar suas ideias, sem sofrer qualquer tipo de sanção no âmbito civil, administrativo ou penal, inclusive pode refletir nos tipos penais intitulados como crimes contra a honra, ou seja, injúria, difamação e calúnia e convém destacar, ainda que o próprio texto Constitucional proteja em seu art. 5º, X a inviolabilidade à honra, mas mesmo assim, afrontando tais dispositivos o parlamentar estaria protegido pela imunidade material.

---

5 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 442.
6 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 438.
7 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 438.
8 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 444.

Pela importância deste instituto para o Estado Democrático de Direito há, de se investigar, sobre a sua natureza jurídica, intentando-se que não há unanimidade na doutrina quanto a essa natureza. Para Silva[9] "A inviolabilidade, que, às vezes, também é chamada de imunidade material, exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir, porque a norma constitucional afasta para a hipótese, a incidência da norma penal". Já Jesus[10] trata a imunidade material como "causa funcional de isenção de pena" e que os parlamentares,

> desde que cometido o fato no exercício da função, não respondiam pelos chamados delitos de opinião ou de palavra", concluindo que "nestes casos, diante da imunidade penal, os deputados federais e os senadores ficavam livres do inquérito policial e do processo criminal[11].

Nesse sentido, Moraes[12] afirma, ainda, que Pontes de Miranda e Nelson Hungria compartilham o entendimento uniforme de José Afonso da Silva tratando a imunidade material como "causa excludente da própria criminalidade", mas ressalta-se que há outros entendimentos. Para Lenza[13] "o importante é saber que a imunidade material (inviolabilidade) impede que o congressista seja condenado, na medida em que há ampla descaracterização do tipo penal".

Em manifestação na Petição n. 3686-DF[14], o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, atribui que a imunidade material tem natureza jurídica de exclusão da tipicidade penal, logo o fato não é típico. Rizzieri, Cazelatto, Segatto[15] ratificam que "no âmbito penal, isso significa que o fato deixa de constituir crime, havendo atipicidade da conduta – como ocorreu, por exemplo no Inquérito 2674/DF (BRASIL, 2009), em que o Supremo Tribunal Federal afastou a incidência da norma penal no caso". Assim caso o parlamentar preencha os requisitos da inviolabilidade material não há que responder judicialmente por suas palavras, votos e opiniões, exceto em casos de excessos que não tenham vinculação com a atividade legislativa.

---

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 535.

10 JESUS, Damásio Evangelista de. Questões criminais. São Paulo: Saraiva, 1988, *apud* MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 443.

11 JESUS, Damásio Evangelista de. Questões criminais. São Paulo: Saraiva, 1988, *apud* MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 443.

12 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 443.

13 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 528.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 5636/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 agosto 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet5636.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019.

15 RIZZIERI, Patrícia Rizzieri; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antônio Carlos. A Imunidade Material Parlamentar e o Discurso de Ódio: Uma Perspectiva a partir dos Princípios da Moralidade e da Impessoalidade. *Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDIR/UFRG*. Porto Alegre, v. 13/2018, p. 178-203, agosto de 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/78410>. Acesso em: 06 nov. 2019, p. 18.

Imunidade parlamentar material e seus limites

A Imunidade Parlamentar Material é prerrogativa importante para o processo democrático, proporcionando aos parlamentares em suas manifestações, votos ou escritos o exercício de sua função com ampla liberdade, sem sofrer qualquer tipo de ingerência ou interferência, garantindo assim, a aplicação do Princípio da Separação dos Poderes, conforme preceitua o art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, Paulo e Alexandrino[16] afirmam que,

> A imunidade material protege o congressista da incriminação civil, penal ou disciplinar em relação aos chamados "crimes de opinião" ou "crimes da palavra", tais como a calúnia, a difamação e a injúria. Trata-se de prerrogativa concedida aos congressistas para o exercício de sua atividade legislativa com ampla liberdade de expressão, fomentando o debate de ideias, a discussão e o voto nas questões de interesse dos seus representados.

Para os mesmos doutrinadores[17],

> Se as manifestações ocorrerem no recinto da Casa Legislativa, estarão sempre protegidas, penal e civilmente, pela imunidade material, pois, conforme tem assinalado o Supremo Tribunal Federal, nessa situação há uma presunção absoluta de pertinência com o desempenho da atividade parlamentar, haja vista que nada se reveste de caráter mais intrinsecamente parlamentar do que os pronunciamentos feitos no âmbito do Poder Legislativo, a partir da própria tribuna do Parlamento.

Importante destacar as falas que são emitidas fora da Casa Legislativa correspondente, assim a imunidade parlamentar é mitigada, isto é, perde seu caráter absoluto, pois faz jus a uma análise das falas ou escritos com o exercício da função, tendo em vista que a prerrogativa é inerente à função e não ao sujeito ocupante dela, logo não se trata de um privilégio pessoal e sim prerrogativa da função.

Nesse liame, Paulo e Alexandrino[18], identificam a importância em,

> [...] distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente no caso das ofensas irrogadas fora do Parlamento cabe perquirir da chamada "conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar". Se a manifestação se deu no

---

16 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 452.

17 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 452.

18 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 454.

> recinto da Casa Legislativa, estará ela, sempre, automaticamente protegida pela imunidade material, sendo descabida a indagação sobre a sua pertinência com o exercício da atividade congressual, haja vista que, nessa situação, a inviolabilidade é absoluta. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos, por quebra de decoro[19] e outras transgressões regimentais[18].

Vale destacar que a imunidade material tem uma ligação direta com o exercício da função, pois não se trata de uma proteção pessoal, mas da função exercida, logo se os pronunciamentos são realizados na Casa Legislativa, haverá uma imunidade absoluta, mas se as palavras ou escritos forem realizados fora desse ambiente o parlamentar pode ser responsabilizado, conforme afirmam Paulo e Alexandrino[20],

> se as manifestações parlamentares guardarem conexão com o desempenho do mandato, ou tiverem sido proferidas em razão dele, estarão protegidas pela imunidade, qualquer que seja o local em que tenham sido proferidas, ainda que fora do recinto da própria Casa Legislativa. Ao contrário, se o ato praticado não é motivado pelo exercício da função, o parlamentar fica sujeito à aplicação do Direito comum, como cidadão.

Nesse sentido, Novelino[21] ratifica esse posicionamento ao lecionar que, "quando as opiniões, palavras e votos forem produzidos fora do recinto da respectiva Casa Legislativa, exige-se que o ato esteja relacionado ao exercício da atividade parlamentar".

É importante destacar que no momento em que as manifestações orais são proferidas em ambientes externos ao parlamento, há uma relativização quanto à inviolabilidade, uma vez que é crucial que estas estejam vinculadas com a atividade parlamentar. Ademais, assevera-se que a proteção constitucional é inerente ao ofício de parlamentar, dado que estão nessa função para representar o poder do povo, logo não seria cabível que o parlamentar fizesse uso da imunidade parlamentar para satisfazer interesses particulares e nesse interim incluem-se também a proibição do uso da imunidade frente a campanhas políticas.

O doutrinador Novelino[22] reitera que "o afastamento da responsabilidade quando da utilização de meios eletrônicos (Facebook, Twitter, WhatsApp, e-mail...) para veicular mensagens ofensivas à honra, ainda que geradas dentro

---

19 O decoro parlamentar representa o conjunto de regras que deve reger a conduta dos parlamentares.

20 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 453.

21 NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2017, p. 626.

22 NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2017, p. 626.

do gabinete, exige-se a pertinência com a função parlamentar". Nessa linha há que se falar nos casos em que parlamentares fazem uso dos meios eletrônicos para externar e divulgar suas opiniões e que por vezes, estas se afastam do contexto ético e moral, extrapolando inclusive o respeito mútuo. Mas, se sua manifestação possuir correspondência com as atribuições de representante do Poder Legislativo estará protegido pela imunidade material. Sendo assim, nesses casos deve-se realizar uma análise mais profunda para determinar o nexo de causalidade entre as falas e a atividade legislativa.

Como já dito, a imunidade material é um recurso constitucional a serviço dos deputados, senadores e vereadores (com as devidas limitações constitucionais) com o objetivo de que possam fomentar o diálogo e debates com suas declarações ou votos sem que possam sofrer qualquer tipo de sanção ou intimidação durante o exercício de suas atividades parlamentares e que os efeitos dessa prerrogativa tem caráter perpétuo, quer dizer que, após o fim da legislatura, o parlamentar não poderá ser responsabilizado em nenhuma esfera pelas falas proferidas durante o mandato.

Um ponto interessante a ser tratado sobre a inviolabilidade diz respeito quanto à simetria para os deputados estaduais e vereadores, uma vez que estes também desempenham funções legislativas em suas respectivas casas.

Quanto aos deputados estaduais insta reproduzir o art. 27, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[23] que aduz "será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas." Logo, com fulcro no Princípio da Simetria, os deputados estaduais gozam das mesmas prerrogativas de imunidade material que os deputados federais e senadores, independente da unidade federativa que exerçam seu mandato.

Já os vereadores gozam de inviolabilidade por suas manifestações e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município, conforme preceitua o art. 29, VIII da Carta Magna, logo, podem proferir suas manifestações sem sofrer qualquer demanda jurídica desde que, estas estejam relacionadas com a atividade legislativa e que ocorram dentro da circunscrição do município em que atuam como vereador. A Suprema Corte ratificou o regramento constitucional dessa prerrogativa no julgamento do Recurso Extraordinário n. 600.063[24] ao conferir

---

[23] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2019.

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 600.063/SP*. São Paulo. Relator: Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, 25 fevereiro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8453163>. Acesso em: 04 set. 2019.

a imunidade material aos vereadores desde que "nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade do vereador".

Para o Ministro Celso de Mello[25],

> [...] se a manifestação do Vereador é feita da tribuna da Câmara, a inviolabilidade é absoluta. Indaga-se se não haveria corretivo para os excessos praticados da tribuna. Há sim. Os excessos resolvem-se no âmbito da Câmara. Pode vir até a perder o mandato, por falta de decoro e outras transgressões regimentais. Certo é que, se a manifestação ocorreu da tribuna, repito, a inviolabilidade é absoluta.

O que se verifica é que os vereadores têm a prerrogativa da inviolabilidade em suas manifestações, mas diferentemente dos senadores, deputados federais e estaduais, há uma restrição imposta pela própria Constituição ao limitar essa prerrogativa a circunscrição do município, ou seja, foi imposto uma área espacial, o que significa que se as manifestações do vereador ocorrerem além das fronteiras do município em que atua na vereança seria responsabilizado por seus atos como um cidadão comum.

Imunidade material e excessos cometidos fora do parlamento no exercício do mandato ou na condição de parlamentar: nexo de causalidade e relativização

Importante analisar o tratamento nos casos em que as manifestações dos parlamenteares são realizadas fora do ambiente do Congresso Nacional, nas quais as falas podem atingir a honra de terceiros, por exemplo. Assim há que se verificar se essas manifestações têm vinculação com a função parlamentar e aí deve-se buscar a comprovação do nexo de causalidade entre a ofensa e o exercício da função. Conforme Cavalcante[26], "É necessário avaliar, portanto, se as palavras proferidas estavam ou não relacionadas com a função parlamentar".

Assim, se um parlamentar se encontra em uma reunião de condomínio ou jogando uma partida de futebol e acaba ofendendo algum dos participantes não estará protegido pela imunidade material, tendo em vista que não há qualquer pertinência nessas atividades com a função parlamentar, logo o limite dessa imunidade está relacionado com o exercício da função devendo haver nexo de causalidade entre a manifestação e o mandato exercido.

---

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 5636/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 agosto 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet5636.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019.

[26] CAVALCANTE, Marcelo André Lopes. *Principais Julgados do STF e STJ comentados*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2018, p. 88.

É público que há discussões calorosas que excedem os limites comportamentais do esperado para um agente público, de tal modo que as casas legislativas têm seus mecanismos de coerção aos excessos que venham a ferir algum mandamento de conduta. Por esse motivo, espera-se que os parlamentares atuem com decoro. Para Paulo e Alexandrino[27],

> o decoro parlamentar representa o conjunto de regras que deve reger a conduta dos parlamentares [...]. A competência para aferir eventual infringência do decoro parlamentar é exclusiva da respectiva Casa Legislativa, na forma do § 2º do art. 55, cuidando-se de matéria insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário quanto ao seu mérito, isto é, quanto à valoração de determinada conduta do parlamentar como ofensiva, ou não, ao decoro.

Logo os excessos nas manifestações configuram falta de decoro e são suscetíveis de sanções impostas pela casa legislativa a que pertence o parlamentar.

Embora o art. 53 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garanta a inviolabilidade nas declarações ou votos, o § 1º do art. 55 traz uma limitação em que "é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas"[28]. Portanto, os excessos podem ser punidos pelo regimento interno da Casa Legislativa, bem como pode ensejar a perda do mandato conforme o inciso II do art. 55 da Carta Magna, ao afirmar que "se o parlamentar é inviolável por suas palavras, o abuso pelo uso de palavras indevidas caracteriza a falta de decoro"[29].

Assim nos excessos cometidos pelo parlamentar em manifestações para além do parlamento há de se buscar o nexo de causalidade, que, para Tartuce[30], "constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, configurando-se a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém". Em outras palavras, é vínculo fático entre a conduta e o resultado. Logo, para a responsabilização do parlamentar que extrapolar suas falas ou escritos, atingindo os crimes contra a honra (injúria, difamação e calúnia),

---

27 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 448.

28 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2019.

29 LACOMBE, Américo Laurenço Masset. O decoro parlamentar. *Migalhas*. São Paulo, 2005, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI18382,61044-O+decoro+parlamentar>. Acesso em: 18 nov. 2019.

30 TARTUCE, Flavio. *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 251.

poderá ser protegido pela imunidade material, desde que comprovado o nexo de causalidade entre suas falas ou escritos com a função parlamentar.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui vasto arquivo com um conjunto de julgados neste sentido, conforme afirmam Rizzieri, Cazelatto, Segatto[31] que "a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal aponta a imunidade parlamentar como caráter absoluto apenas quando exercida dentro do recinto do Parlamento – vide, por exemplo, o Inquérito 4177/DF[32]" e diante de críticas quanto a proteção absoluta no interior do Congresso Nacional, tendo em vista que em muitas ocasiões os parlamentares extrapolam suas falas violando inclusive o art. 5º, X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[33] ao afirmar que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Logo em caso de excessos poderá o parlamentar fazer uso dessa prerrogativa para ofensas pessoais, tendo em vista que são representantes do povo (deputados) ou do estado membro (senadores)? Cavalcante[34] afirma que a Suprema Corte entende que sim, pois há uma imunidade relativa, devendo ser comprovado o nexo de causalidade com o exercício da função em manifestações externas a casa legislativa. Para Rizzieri, Cazelatto, Segatto[35],

> faz-se necessária, todavia, uma reserva crítica a esse precedente, no sentido de que não se trataria de um critério sustentável em todas as situações. Isso porque, na ocorrência de episódios indecorosos, ou de condutas que não guardem relação com o exercício parlamentar, o mero fato de terem sido praticadas dentro do Parlamento não é capaz, por si só, de lhes retirar a eventual gravidade.

---

31 RIZZIERI, Patrícia Rizzieri; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antônio Carlos. A Imunidade Material Parlamentar e o Discurso de Ódio: Uma Perspectiva a partir dos Princípios da Moralidade e da Impessoalidade. *Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDIR/UFRG*. Porto Alegre, v. 13/2018, p.178-203, agosto de 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/78410>. Acesso em: 06 nov. 2019, p. 18.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 4177/DF*. Distrito Federal. Relator: Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11181735>. Acesso em: 04 set. 2019.

33 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2019.

34 CAVALCANTE, Marcelo André Lopes. *Principais Julgados do STF e STJ comentados*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2018, p. 88.

35 RIZZIERI, Patrícia Rizzieri; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antônio Carlos. A Imunidade Material Parlamentar e o Discurso de Ódio: Uma Perspectiva a partir dos Princípios da Moralidade e da Impessoalidade. *Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDIR/UFRG*. Porto Alegre, v. 13/2018, p.178-203, agosto de 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/78410>. Acesso em: 06 nov. 2019, p. 18.

Assim, o fato do parlamentar estar no interior do Congresso Nacional e emitir suas palavras e opiniões, mesmo que não guarde relação com a função, será acobertado pela prerrogativa, mas há que se ter um cuidado quanto a extensão e divulgação dessas falas e escritos, principalmente através dos meios de comunicação, tendo em vista que o fator Congresso Nacional torna-se elemento secundário, mesmo que a entrevista tenha sido realizada em seu interior, mas se a divulgação ganhar contornos externos aí sim, há de se analisar as manifestações com o exercício da função. Nesse sentido, Cavalcante[36] assinala que: "o fato de o parlamentar está em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é um fato meramente acidental, de menor importância", Rizzieri, Cazelatto, Segatto[37] corroboram com esse entendimento ao afirmarem que,

> é razoável, nessa perspectiva, que haja a análise minuciosa do fato ocorrido, bem como a adequação às circunstâncias antes de ser adotado um posicionamento absoluto, sob pena de ferir direitos fundamentais e fugir das verdadeiras finalidades constitucionais da imunidade parlamentar.

Em vista disso nota-se a importância da análise do caso concreto e de todo o contexto para aplicação ou não da prerrogativa, salientando que de fato as palavras, opiniões e votos no interior da Casa Legislativa devem ser protegidos pela inviolabilidade, mas caso esses pronunciamentos sejam publicados pelos meios de comunicação, independentemente se realizadas no espaço físico da Casa a que pertença o parlamentar, devem estar relacionados com a função parlamentar.

Ainda quanto a atuação do parlamentar, Moraes[38] ensina que "qualquer que seja o âmbito dessa atuação – parlamentar ou extraparlamentar – desde que exercida *ratione numeris*"[39]. Significa que desde que as manifestações guardem pertinência com o cargo, estas estarão amparadas pela prerrogativa, ficando assim excluídas aquelas que não tem relação com a função e que ganham contornos externo ao parlamento.

Então, nas hipóteses em que as palavras e opiniões são defendidas em meio estranho ao parlamento é crucial sua pertinência com o exercício da função parlamentar, assim o caráter absoluto antes experimentado no interior do par-

---

36 CAVALCANTE, Marcelo André Lopes. *Principais Julgados do STF e STJ comentados*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2018, p. 88.

37 RIZZIERI, Patrícia Rizzieri; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antônio Carlos. A Imunidade Material Parlamentar e o Discurso de Ódio: Uma Perspectiva a partir dos Princípios da Moralidade e da Impessoalidade. *Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDIR/UFRG*. Porto Alegre, v. 13/2018, p.178-203, agosto de 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/78410>. Acesso em: 06 nov. 2019, p. 18.

38 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 445.

39 *Ratione numeris* significa em razão do cargo, do ofício.

lamento é relativizado, uma vez que se não demonstrado o nexo com o exercício do mandato o parlamentar poderá ser responsabilizado civil e penalmente, inclusive com reparação de danos morais, como por exemplo, um senador que ofende moralmente um transeunte por esse ter-lhe dado um empurrão, nesse caso, não há que se falar em imunidade material.

Masson[40], exemplifica esse raciocínio ao afirmar que,

> Em dezembro de 2015, a 1ª Turma do STF, por maioria, rejeitou duas queixas-crime apresentadas pelo ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva contra o senador Ronaldo Caiado (DEM-GO). As queixas, apreciadas nos Inquéritos 4.088 e 4.097, sustentavam a prática de crimes contra a honra pela publicação de declarações relativas ao ex-Presidente na página pessoal do senador no Facebook. Na percepção do relator dos inquéritos, Ministro Edson Fachin, as declarações publicadas pelo Senador são protegidas pela imunidade parlamentar prevista no art. 53 da CF/88. As manifestações, a seu ver, possui cunho político, uma vez que a atividade parlamentar não abrange apenas atividades legislativas, incluindo fiscalização e a investigação da administração pública.

Deve-se deixar claro que a relativização da imunidade material não está ligada ao local da manifestação, quer dizer, pode ocorrer em praça pública, em qualquer unidade federativa, em jornais televisivos, imprensa escrita ou manifestações em redes sociais, tais como facebook, twiter, instagram, whatsapp, entre outros, mas a inviolabilidade protege o parlamentar desde que tais manifestações estejam relacionadas com a função legislativa. Ressalte-se que esta proteção se estende apenas aos parlamentares e não as pessoas que desempenham trabalhos legislativos e nem aos suplentes. Ratificando esse pensamento para Carvalho Júnior[41],

> no que diz respeito aos pronunciamentos feitos pelo parlamentar fora da sua respectiva casa parlamentar, insta destacar que as recentes decisões do STF demonstram que a Corte tem mantido em um entendimento uniforme, partindo da premissa que a imunidade parlamentar deve guardar relação com o exercício da atividade, e por essa razão, independe o local do pronunciamento, seja fora da casa parlamentar ou em redes sociais.

---

40 MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2019, p. 840.

41 CARVALHO JÚNIOR, Natal dos Reis; PEREIRA, Mateus Jorge Fidéles. Os Limites da Imunidade Parlamentar Material e a Livre Manifestação. *Revista Eletrônica de Estudos Jurídicos e da Sociedade de Guaxupé*. Guaxupé, v. 7/2018, n. 07, p. 1-19, 2018. Disponível em: <https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2018/OS_LIMITES_%20DA_IMUNIDADE_PARLAMENTAR_MATERIAL_E_A_LIVRE_MANIFESTACAO_-_Mateus_Jorge_Fideles_Pereira_e_Natal_dos_Reis_Carvalho_Junior.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019, p. 6.

Outro ponto relevante atinente a imunidade material é a responsabilização do jornalista ou responsável pela publicação das manifestações dos parlamentares na imprensa e nesse caso a imunidade impede a responsabilização do jornalista desde que este "se limite a reproduzir na íntegra, ou em extrato fiel, o que se passou nas Casas Legislativas"[42], pois caso contrário haveria a impossibilidade de divulgação dos debates e decisões das casas legislativas, mitigando assim o direito da população em geral de ter conhecimento ao que está sendo debatido e deliberado nas respectivas casas.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Melo[43] leciona que,

> A cláusula de inviolabilidade constitucional [...] também abrange, sob seu manto protetor, (1) as entrevistas jornalísticas, (2) a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e (3) as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações – desde que vinculadas ao desempenho do mandato – qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares.

Dessa forma se as manifestações são difundidas pelos meios de comunicação, ganhando ampla divulgação e conhecimento, destaca-se a importância de uma análise mais sistemática, buscando o nexo de causalidade entre o que é dito ou escrito com o exercício do mandato e nesse liame nos convém analisar como a jurisprudência do STF, em especial, vem se manifestando nesse quesito.

A Suprema Corte tem o entendimento que os pronunciamentos que ocorrem no interior do Parlamento há uma imunidade material absoluta, como assegura Cavalcante[44] que "há diversos julgados no STF afirmando que a imunidade parlamentar material (art. 53 da CRFB/88) é absoluta sempre que as afirmações do Deputado ou Senador sobre qualquer assunto ocorrem dentro do Congresso Nacional". Corrobora com esse entendimento o Min. Luiz Roberto Barroso[45] no julgamento do RE 443953 afirma que,

> a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a imunidade parlamentar material incide de forma absoluta quanto às

---

42 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 454.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 5636/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 agosto 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet5636.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019.

44 CAVALCANTE, Marcelo André Lopes. *Principais Julgados do STF e STJ comentados*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2018, p. 87.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 443953/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 junho 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13117297>. Acesso em: 14 nov. 2019.

> declarações proferidas no recinto do Parlamento e os atos praticados em local distinto escapam à proteção absoluta da imunidade somente quando não guardarem pertinência com o desempenho das funções do mandato parlamentar.

Uma vez que as manifestações tomaram contornos externos ao parlamento há que se perquirir a pertinência com a função, caso comprovado haverá a proteção constitucional. Como enfatiza o próprio Ministro[46],

> o Supremo Tribunal Federal entende que a imunidade material, prevista no art. 53 CRFB/1988 incide quando comprovado nexo de causalidade entre a prática de delito de opinião imputado ao parlamentar e o exercício da atividade política.

O Ministro Celso de Melo[47] ratifica esse entendimento ao afirmar que,

> [...] se o congressista ocupar a tribuna, diga o que disser, profira as palavras que proferir, atinja a quem atingir, a imunidade o resguarda. Acompanha-o nos instantes decisivos das votações. Segue-o durante o trabalho árduo das comissões e em todas as tarefas parlamentares, dentro do edifício legislativo. Transpõe, mesmo, os limites do Congresso e permanece, intangível, a seu lado, quando se trata do desempenho de atribuições pertinentes ao exercício do mandato.

Nesse sentido, Masson[48] cita que,

> Em outubro de 2014, no Inq. 3.672 a 1ª Turma do STF (...) recebeu denúncia oferecida contra o Deputado Federal Anthony Garotinho pela suposta prática do crime de calúnia (art. 138, CP). Com efeito, o investigado, em blog pessoal, impetrou a delegado de polícia o fato de ter arquivado investigações sob sua condução para atender a interesses políticos de seus aliados – conduta definida como crime de corrupção passiva e/ou prevaricação. Dois ministros integrantes da 1ª Turma entenderam que as afirmações expressas no blog do investigado não poderiam ser inseridas no exercício da atividade parlamentar e não guardavam liame com ela, razão pela qual não houve a incidência da imunidade material.

---

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 986058/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 02 dezembro 2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772538635/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-986058-rj-rio-de-janeiro/inteiro-teor-772538700?ref=serp>. Acesso em: 04 out. 2019.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 5636/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 agosto 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquiv o/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet5636.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019.

48 MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2019, p. 8400.

Verifica-se que como as ofensas foram realizadas através do blog pessoal do deputado, nesse caso há de buscar a relação com a atividade política, por menor que seja e nesse caso o relator entendeu que o conteúdo publicado não guardava relação com sua função.

Quanto as ofensas proferidas por parlamentares além do espaço das respectivas Casas Legislativas, podemos destacar a Petição n. 7107/DF[49] de relatoria da Ministra Rosa Weber que julga que,

> Ementa. Agravo regimental contra decisão monocrática que negou seguimento a queixa crime. Crimes contra a honra. Ofensas proferidas em entrevista radiofônica por parlamentar federal. Calúnia. Ausência de relato específico. Atipicidade. Difamação. Discurso ofensivo proferido em contexto político de rivalidade entre as partes. Imunidade material.

Em seu julgado, a Ministra Rosa Weber entendeu que as ofensas proferidas pelo deputado Wladimir Costa se encontram respaldadas pela imunidade parlamentar material, o qual se referiu a "família Barbalho" de maneira moralmente reprovável, como no trecho abaixo:

> Barbalho hoje senhoras e senhores, todos sabem, é sinônimo de quê? É sinônimo de roubo. Barbalho é sinônimo de enriquecimento ilícito, de assalto. Barbalho é sinônimo de safadeza. Barbalho não é sobrenome. Barbalho é por-no-gra-fia. Se você chamar: Lá vai um Barbalho ali. Quê que as pessoas imaginam? Lá vai um ladrão. Lá vai um vagabundo, safado. Lá vai "um aproveitador do bom senso alheio". Entrevista do Deputado Wlademir Costa a Rádio Jovem Pan.

Nesse sentido Greco[50] enfatiza que,

> a aludida imunidade material não permite que o parlamentar, fora de discussões que tenham interesse de natureza política, agrida a honra das demais pessoas, sem que com isso possa ser processado criminalmente. Não pode ser responsabilizado pelo chamado delito de opinião. Ao contrário, pode e deve ser responsabilizado quando agredir gratuitamente a honra de outras pessoas sem que haja qualquer ligação com o exercício do mandato.

Verifica-se que uma vez demonstrado o nexo de causalidade entre as pronúncias e o exercício da função, o parlamentar estará amparado pela inviolabilidade, caso contrário poderá ser demandado judicialmente.

---

[49] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 7.107/DF.* Distrito Federal. Relatora: Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 10 maio 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749828195>. Acesso em: 08 jun. 2019.

[50] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal:* parte especial. 16. ed. Niterói: Impetus, 2019, p. 330.

Dessa forma no momento que Jair Bolsonaro ofende a honra subjetiva da então deputada Maria do Rosário, verifica-se não haver relação com o exercício da função, a prerrogativa não tem caráter subjetivo, consequentemente não serve aos interesses pessoais do deputado, mas trata-se de uma prerrogativa institucional do cargo de parlamentar para garantir a esses a autonomia para exercer sua função.

Vale destacar que a ofendida ainda ingressou com uma Queixa Crime registrada sob Petição n. 5243 pelo crime de injúria e calúnia e o Ministério Público Federal ingressou com a denúncia de crime de incitação ao crime de estupro (Inq 3932)[51] no Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 53, § 1º[52] da CRFB/1988, dando origem as Ações Penais n. 1007 e 1008, em que o Ministro Relator Luiz Fux acatou a ação por crime de injúria e incitação à prática do estupro.

Conforme o art. 86, § 4º da CRFB/1988[53], as ações penais acima mencionadas se encontram suspensas em razão de Jair Bolsonaro ter assumido a função de Presidente da República em janeiro de 2019.

Fundamentos jurídicos do processo que condenou o então deputado Jair Bolsonaro a indenizar a deputada Maria do Rosário

Os representantes do Poder Legislativo em suas funções típicas, que são legislar e fiscalizar, e, por vezes, em suas explanações, extrapolam a ética invadindo o campo da intimidade de terceiros, quando na verdade o que é falado não trata de assuntos atinentes ao interesse da sociedade, logo recaindo o parlamentar no cometimento de ofensas a honra, ou melhor nos chamados crimes da palavra.

Jair Messias Bolsonaro, em um discurso no plenário da Câmara dos Deputados, ofendeu sua colega Maria do Rosário e nesse caso, segundo a jurisprudência do STF, o deputado encontra-se protegido pela imunidade material.

Porém, Bolsonaro ao conceder uma entrevista em seu gabinete na Câmara de Deputados proferindo as mesmas ofensas e estas ganham publicidade, o entendimento jurisprudencial é taxativo a uma imunidade relativizada, pois nesse caso há de ser analisado o nexo de causalidade. No julgamento do Recurso Es-

---

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq n. 3932/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 setembro 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur355917/false>. Acesso em: 04 set. 2019.

52 Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

53 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

pecial a Ministra Nancy Andrighi[54], que manteve a condenação de Jair Bolsonaro aborda em seu relatório a importância do local em que a ofensa foi proferida, se interna ou externamente ao Parlamento, tendo em vista que a jurisprudência considera que as ofensas proferidas no plenário, não há que se falar em responsabilidade civil ou criminal, pois nessas circunstâncias a inviolabilidade independe da conexão das falas com a atividade legislativa.

Assim conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao tratar da imunidade material nas manifestações que ocorrem no interior do Parlamento, segundo a ministra[55] a

> inviolabilidade constitucional também abrange as entrevistas jornalísticas, a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares.

Nessa conformidade, caso haja, uma publicidade do conteúdo das manifestações e estas estejam atreladas ao exercício parlamentar, estarão protegidas pela inviolabilidade, mas se essas manifestações tenham apenas cunho ofensivo, sem qualquer relação com a função, o parlamentar poderá ser responsabilizado civil e criminalmente.

Percebe-se ainda que para o Superior Tribunal de Justiça a inviolabilidade que acompanha o congressista, durante suas manifestações, só tem o amparo imunizante em situações que guardem alguma relação com o mandato e vai além, ao citar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que concerne o caso em tela de que os pronunciamentos de Jair Bolsonaro deveriam ter sob a sua égide qualquer assunto de cunho político, de interesse da sociedade, que esteja atrelado a sua condição de deputado federal, assim o Recurso Especial[56] em análise esclarece que,

> nas palavras do STF, "não há como relacionar ao desempenho da função legislativa (prática *in officio*), ou de atos praticados em razão do exercício de mandato parlamentar (prática *propter officium*), as palavras e

---

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.642.310/DF*. Distrito Federal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 agosto 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.

55 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.642.310/DF*. Distrito Federal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 agosto 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf> Acesso em: 08 jun. 2019, p. 06y.

56 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.642.310/DF*. Distrito Federal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 agosto 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf> Acesso em: 08 jun. 2019, p. 10.

> opiniões meramente pessoais, sem relação com o debate democrático de fatos ou ideias e, portanto, sem vínculo com o exercício das funções cometidas a um Parlamentar.

A entrevista foi concedida do interior do gabinete do deputado na Câmara dos Deputados, mas ganhou contornos nacionais através da publicação da mídia, logo o espaço físico de seu gabinete deixou de ser o fator essencial para ser tratado como secundário, diante da proporção que a publicação tomou. Para a Ministra Nancy Andrighi[57], "[...] a ofensa foi veiculada em imprensa e na Internet, a localização do recorrente, no recinto da Câmara dos Deputados, é elemento meramente acidental, que não atrai a aplicação da imunidade".

À vista disso não restou outra direção senão a busca pela pertinência entre o conteúdo da entrevista e o exercício da função, o que não ficou comprovado no caso em tela, uma vez que as declarações tinham apenas manifestações de caráter subjetivo e ofensivas.

Diante da condenação Jair Messias Bolsonaro interpôs Recurso Extraordinário com Agravo junto ao Supremo Tribunal Federal de relatoria do Ministro Marco Aurélio[58], em que o ministro manteve a condenação do réu. O ministro alega que não há que se falar em reação a ofensa recebida, uma vez que o próprio deputado alega que foi ofendido por Maria do Rosário no ano de 2003, depois de onze anos daquela ofensa até a realizada em 2014, logo não cabe o instituto da retorsão imediata, conforme o art. 140, § 1º, II do Código Penal Brasileiro[59], quando o juiz pode deixar de aplicar a pena se proferida uma ofensa imediatamente após ser injuriado, em função do lapso temporal de onze anos.

O próprio deputado quebra o nexo de causalidade, pois alegou que a ofendeu depois de ter sido ofendido pela mesma (em 2003) consubstanciado que a ofensa teve meramente cunho pessoal, sem qualquer congruência com a atividade parlamentar, conforme assinala o próprio ministro relator do RE[60] "que

---

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.642.310/DF*. Distrito Federal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 agosto 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019, p. 01.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.098.601/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Decisão Monocrática, 14 fevereiro 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1098691.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019.

59 BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.098.601/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Decisão Monocrática, 14 fevereiro 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1098691.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019, p. 04.

o pronunciamento foi fora de seu ambiente de atuação (não sendo, portanto, no exercício do mandato e da função parlamentar), mas em uma situação pessoal – como declarado pelo próprio apelante em sua nota, a r. sentença deve ser mantida".

Diante de todo o estudo, a decisão do STJ corrobora com o entendimento doutrinário e jurisprudencial do próprio Supremo quando nas manifestações abusivas e ofensivas deve ser comprovado o nexo de causalidade entre a ofensa e o exercício da função congressional, uma vez que demonstrada essa pertinência sempre haverá que se falar em imunidade material, afastando qualquer persecução jurídica contra o parlamentar. Mas, no caso em tela, essa pertinência não ficou comprovada, logo acompanhando a decisão do STJ o ministro Marco Aurélio manteve a condenação do réu e denegou o Recurso Extraordinário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a fundamentação teórica exposta, conclui-se que a imunidade parlamentar material se apresenta como um grande aspecto de valoração da democracia e do Princípio da Separação dos Poderes, possibilitando que parlamentares em sua função precípua de fiscalizar e legislar possa exercê-las com ampla liberdade.

No caso norteador do estudo, a condenação de Jair Bolsonaro, pelo Superior Tribunal de Justiça, se deu com essa mesma fundamentação, haja vista que a entrevista de cunho ofensivo e pejorativo contra Maria do Rosário, foi realizada no interior do seu gabinete na Câmara dos Deputados e publicada pela mídia. Assim prevaleceu o local como elemento incidental e a condenação se deu pelo fato das ofensas não guardarem pertinência com os interesses da sociedade ou políticos, prevalecendo que as mesmas tiveram cunho meramente subjetivo. O que percebe-se é que para o STF não há um limite meramente espacial, uma vez que para a Suprema Corte o parlamentar tem a proteção da prerrogativa de acordo com sua atuação, nas manifestações com conteúdo político e de interesse da sociedade, não sofrerá qualquer investida jurídica, pois está acobertado pela imunidade material.

Importante destacar que a própria Constituição em seu art. 55, § 1º traz que os abusos das prerrogativas são incompatíveis com o decoro parlamentar, assim, o parlamentar que comete excesso no uso do seu direito de manifestação, poderá sofrer alguma sanção pelo regimento da casa legislativa da qual faz parte, mesmo protegido pela imunidade parlamentar material. Logo, quanto ao limite da imunidade parlamentar material, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não há que se discutir apenas o local onde o parlamentar fez o pronunciamento, uma vez que esse limite está diretamente ligado a própria atuação do parlamentar no exercício de seu mandato.

O fato gerador da condenação, foi a dimensão e a amplitude das declarações que extrapolaram as paredes da Câmara dos Deputados. Considerou-se que as falas não tinham pertinência com a função parlamentar. Cristalino, portanto, é que o limite da imunidade material não é estanque, depende do conteúdo, publicidade, entre outros fatores, ficando nesse caso o fator local em segundo plano. A condenação do réu pelo STJ foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal que denegou recurso interposto por Jair Bolsonaro que alegava em sua defesa a incidência da imunidade material.

Diante do exposto, há que se analisar que a função do parlamentar é de grande importância para o desenvolvimento da sociedade e para a consolidação da democracia, logo, as prerrogativas são institucionais e não benesses pessoais, necessitando, assim aprofundar os estudos com maior incidência nos excessos praticados pelos parlamentares durante seus pronunciamentos, mesmo que com seu caráter absoluto no interior da casa legislativa, tendo em vista o respeito a outros princípios consagrados constitucionalmente, além de uma postura ética e moralmente aceitável pela sociedade. Defender os interesses da sociedade, não implica comportamento conflitante com a ética e a moral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.642.310/DF*. Distrito Federal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 agosto 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf> Acesso em: 08 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 4177/DF*. Distrito Federal. Relator: Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11181735>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 5636/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 agosto 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet5636.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 7.107/DF*. Distrito Federal. Relatora: Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 10 maio 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749828195>. Acesso em: 08 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 986058/RJ* – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 6 dezembro 2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772538635/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-986058-rj-rio-de-janeiro/inteiro-teor-772538700?ref=serp>. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.098.601/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Decisão Monocrática, 14 fevereiro 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1098691.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 443953/DF*. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 junho 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13117297> Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 600.063/SP*. São Paulo. Relator: Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, 25 fevereiro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8453163>. Acesso em: 04 set. 2019.

CARVALHO JÚNIOR, Natal dos Reis; PEREIRA, Mateus Jorge Fidéles. Os Limites da Imunidade Parlamentar Material e a Livre Manifestação. *Revista Eletrônica de Estudos Jurídicos e da Sociedade de Guaxupé*. Guaxupé, v. 7/2018, n. 07, p. 1-19, 2018. Disponível em: <https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2018/OS_LIMITES_%20DA_IMUNIDADE_PARLAMENTAR_MATERIAL_E_A_LIVRE_MANIFESTACAO_-_Mateus_Jorge_Fideles_Pereira_e_Natal_dos_Reis_Carvalho_Junior.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

CAVALCANTE, Marcelo André Lopes. *Principais Julgados do STF e STJ comentados.* Salvador: *Jus*PODIVM, 2018, p. 86-90.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal:* parte especial. 16. ed. Niterói: Impetus. 2019, p. 330.

JESUS, Damásio Evangelista de. Questões criminais. São Paulo: Saraiva, 1988, *apud* MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

LACOMBE, Américo Laurenço Masset. O decoro parlamentar. *Migalhas*. São Paulo, 2005, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI18382,61044-O+decoro+parlamentar>. Acesso em: 18 nov. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 527-528.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 166-168.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 437-446.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2019, p. 840.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2017, p. 625-638.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 451-464.

RIZZIERI, Patrícia Rizzieri; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antônio Carlos. A Imunidade Material Parlamentar e o Discurso de Ódio: Uma Perspectiva a partir dos Princípios da Moralidade e da Impessoalidade. *Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDIR/UFRG*, Porto Alegre, v. 13/2018, p. 178-203, agosto de 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/78410>. Acesso em: 06 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 535-541.

TARTUCE, Flavio. *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 251-261.

Data de recebimento: 08/09/2020

Data de aprovação: 27/10/2020

THE (NON) ACCEPTANCE OF FUNDAÇÃO CASA IN SÃO PAULO'S MUNICIPALITIES: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF DIRECT ACTIONS OF UNCONSTITUTIONALITY

A (NÃO) ACEITAÇÃO DA FUNDAÇÃO CASA EM MUNICÍPIOS DE SÃO PAULO: UMA ANÁLISE À LUZ DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Jadir Pires de Borba*
Wilson Levy Braga da Silva Neto**

ABSTRACT

The Statute of the Child and Adolescent (ECA) and the National System of Socioeducative Support Law (SINASE) establish the importance of the territorial integration of service centers in the execution of socio-educational measures, however, many municipalities are still resistant to the establishment of custody and semi-liberty facilities in their territories. This article seeks to study this movement aimed to prevent or limit the establishment of such facilities, based on the analysis of Direct Actions of Unconstitutionality sought by the states. The results of the research note the movement of the municipalities in order to prevent these facilities at the beginning of the decentralization process, as carried out, at first in the late 1990s and, secondly, from 2005 on. Jurisprudence from the Brazilian Judicial Power was found, in the sense that such practices consist of usurpation of competence belonging to the states and the Union, under the terms of the Constitution of the State of São Paulo and the Federal Constitution.

Keywords: Socioeducation. Territory. Smart cities. Adolescents.

* Bacharel em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestrando em Cidades Inteligentes e Sustentáveis pela Universidade Nove de Julho (Uninove). Chefe de gabinete da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Uninove, Campus Mauá. E-mail: jadirborba@gmail.com.

** Doutor em Direito pela PUC-SP com estágio de Pós-Doutoramento em Urbanismo pela Mackenzie e em Direito pela UERJ. Diretor do Mestrado em Cidades Inteligentes e Sustentáveis da Universidade Nove de Julho (Uninove). E-mail: wilsonlevy@gmail.com.

RESUMO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) consagram a importância da integração territorial dos centros de atendimento na execução na medida socioeducativa, no entanto, muitos municípios ainda são refratários à instalação de equipamentos de internação e semiliberdade em seus territórios. O presente artigo busca estudar, a partir da análise de Ações Diretas de Inconstitucionalidade estaduais, esse movimento que visa impedir ou limitar a instalação de tais equipamentos. O resultado da pesquisa indica o movimento dos municípios no intuito de impedir essas instalações no início do processo de descentralização realizado, num primeiro momento no final da década de 1990 e, num segundo momento, a partir de 2005. Constatou-se o entendimento do Poder Judiciário no sentido de que tais práticas consistem em usurpação de competências do Estado e da União, nos termos das Constituições do Estado de São Paulo e Federal.

Palavras-chave: Socioeducação. Território. Cidades inteligentes. Adolescente.

INTRODUCTION

The first policies aimed at social distancing were of sanitary or assistance nature, as the treatment or basic care of those who needed fostering was sought, alongside the protection of healthy individuals in society. Norms that foresaw the distancing of those who were affected by contagious diseases existed before the Common Era – as described in the Jewish Law (6th and 5th centuries BC[1]) – and were continued throughout the Roman Empire and the Middle Ages.

Over time, the sanitary perspective started to have a segregationist and hygienist character, in which its objective was simply to make the undesirable individuals invisible to the eyes of society. Lepers, mentally alienated ones or with other diseases were taken to places far from the social centers and were to remain isolated until the end of their lives.

In Brazil, the psychiatric asylum policy allowed, indiscriminately, the compulsory confinement of people considered insane. Other policies of this nature were based on assistance arguments. However, the institutions that housed these people functioned as "storage", designed to keep society's undesirable at a comfortable distance.

Hygienist norms related to sanatoriums and psychiatric asylums were in force throughout the 20th century. In Brazil, for example, the Anti-asylum Law –

[1] *BIBLIA SAGRADA – Edição Pastoral*. São Paulo: Paulus, 1990.

Law n. 10,216, of April 6, 2001 (Brazil, 2001)[2] – creating considerable obstacles to the compulsory hospitalization of people with mental disorders, a consequence of the fight carried out by organized groups since the late 1970s that opposed these types of severe treatment[3].

Social hygienist policies were not limited to sanatoriums, but to various types of social facilities designed to shelter society's undesirable individuals, that is, those that did not fit the parameters of a utilitarian society. In Brazil, the Criminal Execution Law – Law n. 7,210, of July 11, 1984 (Brazil, 1984)[4] – establishes that prisons for men must be built away from the urban center, as determined by article 90.

The historical process of the development of cities followed this logic of separating the undesirable or unwanted ones in some way. In the Middle Ages, those who met certain requirements were located within the walled limits of the city, while the part of the less affluent population occupied the spaces outside the walls, being subject to the will of usurpers and all kinds of exploiters, therefore, without State protection[5].

In this context of historical construction of the cities, the forms of exclusion are diversified and the influential part of the population pressures the local powers in order to keep the undesirable ones away from certain regions[6]. In the present work, one of the many existing forms of exclusion will be approached, highlighting a specific group: the teenagers who committed offenses, a group formed by young people and teenagers who engaged in conducts typified in the Brazilian Penal Code and in other laws on this matter.

Disciplinary centers for children and adolescents, especially from the 1990s to the mid-2000s, gained negative notoriety in the press due to major rebellions, mass escapes and episodes of violence and torture, which caused the local communities regarding to refrain from supporting this type of facilities in their regions.

---

2 Lei n. 10.216 de 06 de abril de 2001. Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm.

3 SANT'ANNA, T. C., BRITO, V. C. A lei antimanicomial e o trabalho de psicólogos em instituições de saúde mental. Psicologia: ciência e profissão, 2006, v. 26, p. 368-83. doi: 10.1590/S1414-98932006000300004. Acesso em 01 de maio de 2020.

4 Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Brasil. Disponpivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

5 TENÓRIO FILHO, J. R., LIMA, S. F. Construções penais e o diálogo com a cidade: a (não) política de implantação de equipamentos penais no meio urbano. Urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, 19 de fevereiro de 2018, p. 371-86. doi: https://doi.org/10.1590/2175-3369.010.002.ao08.

6 VILLAÇA, F. São Paulo: segregação urbana e desigualdade. *Estudos avançados*, 2011, p. 37-58. doi: 10.1590/S0103-40142011000100004.

Thus, the installation of a FEBEM (acronym for São Paulo's State Child Welfare Foundation) facility in any municipality represented great political strain for the local government, motivating the municipal legislative powers to create laws aiming to prohibit, limit and hinder the implementation or expansion of FEBEM units and prisons in their territories.

Several of these laws were the object of Direct Actions for the Declaration of Unconstitutionality, with the argument that it is not up to the municipalities to legislate on matters related to the protection of children and adolescents and public safety. Such competence would belong to the Federal Union, states and the Federal District. Such actions were deemed legitimate, enabling the settlement of these centers.

The purpose of this article, in this sense, is to identify and understand the gap between the advanced protective legislation for the rights of children and adolescents and its conflicting reception by civil society and subnational entities, thus expressing the low social adherence to what the Federal Constitution of 1988 stands for and the infra-constitutional legislation in this regard.

THE REFUSAL OF MUNICIPALITIES TO WELCOME SOCIO-EDUCATIONAL FACILITIES FOR PERMANENT RESIDENTS AND SEMI-LIBERTY RESIDENTS

The historical process of hygienist segregation gained strength in the middle of the 19th century, when the poorest and most disadvantaged classes came to be seen as potential agents that caused contagious diseases to spread, given the precarious sanitary conditions to which this population was subjected. From this to being considered a chronic social hazard was not a big stretch. The Ideology of Hygiene is born in this context, as Chalhoub explains:

> "The lower classes did not come to be seen as dangerous just because they could pose problems for the organization of work and the maintenance of public order. The poor also offered danger of spreading diseases. On the one hand, the very social danger represented by the poor appeared in the Brazilian political imagination at the end of the 19th century, through the metaphor of contagious disease: the dangerous classes would continue to reproduce as long as the poor children remained exposed to their parents' vices. Thus, the very discussion about the repression of idleness, which we have mentioned, the strategy to combat the problem is generally presented as consisting of two stages: more immediately, it was necessary to repress the supposed non-work habits of the adults; in the longer term it was necessary to take care of the education of the minors.
>
> [...]

> Such an order of ideas would saturate the country's intellectual environment in the following decades, and lend ideological support to the 'sanitizing' action of engineers and doctors who would start to rise and accumulate power in the public administration, especially after the republican military coup of 1889"[7].

In addition to the entire historical process of hygienist segregation, there are several factors that give rise to the refraction of society in relation to socio-educational assistance facilities for adolescents. We can highlight the history of segregation of these populations in the development of cities, alongside the number of rebellions that occurred over the years – some of these were considerably violent and reported widely by the press – and the creation of a center that generates the traffic of people considered undesirable, those being the relatives and the visitors of the teenagers under custody.

Although the territoriality of care has been provided for in the Statute of the Child and Adolescent since the year of 1990, in 2005, 70.24% of the care centers were located in the Capital of the State of São Paulo, in large complexes of facilities, concentrating a large number of adolescents. The Tatuapé complex, in the East Zone of São Paulo, was able to house more than 1800 teenagers. In this period, the number of rebellions reached the number of 80 in a single year and the rate of infraction recidivism was of 29% across the state, with a total population of just over 4,000 residents (Fundação CASA/SP, 2010), which somehow justifies the fear and resistance of local public authorities towards such facilities. Thus, several Municipalities started to legislate in order to prevent the construction or expansion of such centers.

The Federal Constitution, when granting legislative powers to the federal entities, did so while granting them exclusive, concurrent or residual powers, as established in articles 21 to 24 and 29 and 30 of the Constitution, among other provisions scattered throughout the constitutional text. In this sense, the Brazilian federative system determines that the entities of the Federation are: the Union, the States and the Municipalities. The latter were attributed with specific competence, of which it is possible to highlight that of legislating on matters of local interest (article 30, I, of the Constitution) and promoting territorial planning, control of the use and occupation of urban land (article 30, VIII, CF).

When dealing with protection related to children and adolescents, article 227 of the Constitution attributes to society and all federal entities the duty to give absolute priority to children, however, the direct legislative competence is concurring between the Union, the States and the Federal District, without

---

[7] CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril:* cortiços e epidemias na Corte imperial. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 26.

granting competence on this matter to the Municipalities (art. 24, XVI, of the Constitution). Such an omission does not mean that it is not up to the latter to legislate on this issue, but rather that it may do so on a residual basis, in cases of local interest or in supplementation to federal or municipal legislation, as appropriate, under the terms of article 30, I and II, of the Constitution.

In this sense, Bastos[8] affirms that "the key concept used by the Constitution to define the area in which the Municipality operates is that of local interest". Thus, hermeneutics is eligible to fulfill the mission of analyzing the intensity of the local interest, this because, the decision of a certain municipality, although it might be about the interest of that municipality, may directly affect the interests of other municipalities in a direct and powerful way, thus, although local, the interest is also regional, given the degree of coverage of the given matter.

In attention to the specific competences attributed to the States, State Law n. 185, of December 12, 1973[9], is, indeed, compatible with the Federal Constitution and the Constitution of the State of São Paulo. Said Law created the FEBEM (São Paulo's State Child Welfare Foundation), assigning it the role of applying socio-educational measures to adolescents who committed offenses and basic care for vulnerable children and adolescents, the latter role ceasing to be of responsibility of FEBEM when the Statute of the Child and Adolescent came into force, when the attention to vulnerable children became responsibility of the municipalities, and FEBEM remained only with the responsibility of applying socio-educational measures.

In 1998, the first decentralization program started in the State, but only in 2005 this process gained strength and expanded to inland São Paulo and coastal area of the state. In 2006, FEBEM was renamed Fundação CASA/SP (Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente, Foundation-Center for Social and Educational Assistance to Adolescents) and, in continuity with the process of decentralization of care, the application of socio-educational measures for the accommodation of residents and semi-liberty residents was kept under the competence of the states, as the other measures provided for in the Statute of the Child of Adolescent were passed onto the municipalities, namely the provision of services to the community and assisted freedom (art. 112, ECA) (Fundação CASA/SP, 2020).

Notwithstanding the legislative and executive attribution for the application of socio-educational measures to adolescents who have committed infractions, whether from the Union or the states, several municipalities – in reaction to the

---

[8] BASTOS, Celso R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 513.

[9] Lei n. 185 de 12 de dezembro de 1973. Autoriza o Poder Executivo a instituir a "Fundação Paulista de Promoção Social ao Menor – PRO-MENOR". São Paulo. Brasil. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1973/lei-185-12.12.1973.html.

decentralization process – started to legislate in order to prevent the construction of service centers in their territories, based on the constitutional competence of legislating on matters of local interest and the use and distribution of urban land.

In the present work, research was carried out on the website of the Justice Court of the State of São Paulo aiming to visualize the behavior of the Judiciary in view of the intention of the Government of the State of São Paulo to build centers in different locations in the state territory and the legislative conduct of the Municipalities.

From the result obtained in this research, it is analyzed, from a constitutional point of view, the legislative behavior of some municipalities in the State of São Paulo related to the establishment of such facilities, especially the provisions of Municipal Laws n. 1,712, of April 15, 1997 – Municipality of Peruíbe; Complementary Law n. 48, of December 14, 1999 – Municipality of Guarujá; Law n. 2,739, of November 4, 2005 – Municipality of Casa Branca; and Complementary Law n. 487, of January 9, 2006 – Municipality of Bragança Paulista, which were the subject of a judicial dispute between the municipalities and the State of São Paulo[10].

---

[10] The Laws described here were extracted from the texts of the respective state Direct Actions of Unconstitutionality:

Municipal Law 1.712/1997 of Peruíbe establishes:

Article 1. The construction of a prison and public jail in the urban area of the city is strictly prohibited.

Complementary Law n. 48/1999, of Guarujá, provides:

Article 1. The use of land, city blocks, lots and buildings for the establishment of Prisons, Jails and Units of FEBEM (São Paulo's State Child Welfare Foundation) is prohibited in the residential area of the Municipality of Guarujá, and the existing Prison must be deactivated within the period of 360 (three hundred and sixty) days.

Law n. 2,739/2005, of Casa Branca, provides:

Article 1. The construction, expansion or establishment of new facilities for prisons, custody houses, FEBEM or facilities for the execution of sentences liberty deprivation are prohibited in the urban and rural area of the municipality of Casa Branca.

Finally, article 79, I, b, of Complementary Law n. 487/2006, of the Municipality of Bragança Paulista determines:

Article 79. For the purposes of this Complementary Law, the territory of the municipality is subdivided into 07 (seven) macro-regions: Urban Region, Urban Expansion Region, Targeted Expansion Region, Social Interest Region, Controlled Expansion Region, Permanent Preservation Region, and Agriculture Region, understood as follows:

I – Urban macro-region is that destined to:

b. Priority establishment of urban and community facilities, with the exception of penal facilities, re-socialization centers, adolescent care centers or any other similar facilities that aim to maintain people under measures of deprivation of liberty, which cannot be built or established within the limits of the Urban macro-region.

All of these laws aim to prohibit the construction of socio-educational service centers or prison units in their territories or in urban areas, as if such facilities were not part of the necessary apparatus for the functioning of cities. Aiming to choose which social groups are wanted in the territory of the municipality, or at least making such facilities remain invisible in the urban fabric. Such laws make it impossible or difficult to integrate socio-educational service centers into urban territories.

In view of these rules, the following Direct Actions of Unconstitutionality were filed:

> ADIn Estadual, 154 726-0 / 2-00 (TJ/SP, June 18, 2008).
>
> ADIn Estadual, 47.977-0 / 1 (TJ/SP, November 4, 1998).
>
> ADIn Estadual, 73.011-0 / 0-00 (TJ/SP, June 11, 2003).

What all the aforementioned actions have in common is that the unconstitutionality of the rules was recognized in view of the Constitution of the State of São Paulo, due to the violation of the competence to legislate in matters of public security and protection of children and youth, especially with the combination of articles 24, I and XV, and 25, paragraph 1, of the Federal Constitution, and articles 1, 111, 139, caption of the article, 144 and 278, VI of the Constitution of the State of São Paulo. ADIn 47.977-0/1 and 154.726-0/2-00, from the Municipalities of Peruíbe and Casa Branca, respectively, were filed by the State Governor, and ADIn 73.011-0/0-00, from the Municipality of Guarujá, was filed by the General Attorney of the State of São Paulo.

The magistrates, as the foundation for their decision, although citing the jurisdiction of the states for the promotion of public policies related to urban law and the protection of children and adolescents, bring light to the attribution of competence, essentially with regard to public security, that place the prisons and units of the former FEBEM on equal grounds, which, however it is recognized that both are intended for the custody of people who have practiced conducts described in the Brazilian Penal Code, have completely different nature. Thus, it is important to delve deeper into the arguments concerning the matter.

Article 227[11] of the Federal Constitution provides that it is the duty of the family, society and the State to ensure priority attention to children and adolescents. As described before, the Brazilian Federal State is constituted by the Union,

---

[11] Article 227. It is the duty of the family, society, and the State to ensure children, adolescents, and young people, with absolute priority, the right to life, health, nourishment, education, leisure, professional training, culture, dignity, respect, freedom, and family and community life, as well as to guard them from all forms of negligence, discrimination, exploitation, violence, cruelty, and oppression.

states and Municipalities, so that none of these entities is entitled to waive or neglect this duty (a similar provision is found in the Constitution of the State of São Paulo, in its article 277). And, with such laws, we can affirm that the Municipalities want to exempt themselves from the constitutional duty (art. 277 of the Constitution of the State of São Paulo and 227 of the Federal Constitution) to participate in resocialization, mainly of adolescents who come to practice infractions.

Each fundamental right corresponds to a fundamental duty, a commandment which can be assigned to an individual or the State. The rules related to children and adolescents are constitutional in nature, detailed in the Statute of the Child and Adolescent (ECA) – Law 8.069/1990. The right to experience family and community life, as provided for in article 227 of the Federal Constitution, advocates a corresponding state duty. In such a way that the Union, States and Municipalities are set to fulfill the duty to guarantee children and adolescents the enjoyment of this right[12].

The right to experience family and community life is regulated in several provisions of the Statute of the Child and Adolescent (ECA) and SINASE (National System of Socioeducative Support Law, Law n. 12,594, of January 18, 2012). With regard to the subject under analysis, article 124, VI, of the ECA establishes that it is the right of the adolescent deprived of liberty to comply with the socio-educational measure in an establishment in the same location or close to the residence of the parents or legal guardians, as well as article 35, IX, of the SINASE establishes that the implementation of socio-educational measures must follow the principles of strengthening family and community bonds. It is a group of rights related to the guarantee of maintaining such family and community ties, demonstrating the importance of the territory in the proper application of the measures[13].

In this way, there is a distancing between the lack of support from the Municipalities and the guaranteed provisions of the constitutions of the Republic and the State of São Paulo. These laws become even more serious when they prohibit the establishment of any adolescent care center. Some inhibit the construction across the whole territory, others in certain macro-regions, an extremely discriminating element, insofar as it imposes on the adolescent and their family members, the need to travel to places far from their homes to receive adequate care, depriving them from local community life, in the socio-educational process.

---

12 SILVA, J. A. Inovações municipais na Constituição de 1988 (homenagem póstuma a Hely Lopes Meirelles). *Revista dos Tribunais*, 2011 maio, v. 13, p. 1107-122. Acesso em 15 de maio de 2020.

13 COSTA, A. C. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 2008.

The segregationist process of city formation is perpetuated, even if in a different way, notwithstanding the constitutional provision of the absolute priority to care for children and adolescents. It is an intense sociological process, difficult to solve. The objective of the referred laws to prevent, limit, hinder the fulfillment of the State's duty to create and implement public policies for the assistance of adolescents who committed infractions is clear.

The constitutions of the Republic and of the State of São Paulo established concurring and exclusive competences for each federative entity, with regard to care for children and adolescents. Roughly speaking, the State is responsible for the application of socio-educational measures for residents and semi-liberty residents and the municipalities are responsible for the application of measures for non-residents (Constituição do Estado de São Paulo, 1989).

It is undeniable that the Federal Constitution has given municipalities the power to legislate on the sharing and use of urban land, as provided for in article 30, VIII, however, it is also undeniable that the same provision determines that this competence applies where appropriate, that is, it is not an absolute attribution. The Municipality cannot, under article 30, VIII, usurp the competence assigned to the other federal entities.

Let us proceed with the analysis, therefore, of what the constitutions of the Republic and the State of São Paulo establish.

Article 1 of the Constitution of São Paulo assigns residual competence to the State, and not to the Municipality, to legislate on matters that are not prohibited by the Federal Constitution: "Article 1. The State of São Paulo, a member of the Federative Republic of Brazil, exercises the powers that are not prohibited by the Constitution".

Article 5, paragraph 1, of São Paulo's Constitution[14] expressly forbids all State powers to delegate attributions not inscribed in the Constitutional text. Now, if such delegation is forbidden, as it must be considered that this is something that would happen at the will of the manager of a power, the usurpation practiced by the Municipality that tries to prevent the pursuit of state ends is of even more concern.

Article 111 of São Paulo's Constitution[15], on the other hand, reaffirms the provisions of article 37 of the Federal Constitution, establishing the fundamental principles of Public Administration, in particular, the principles of legality

---

[14] Article 5. The Legislative, the Executive and the Judicial, independent and harmonious among themselves, are the powers of the Union.

§1 – It is forbidden for any of the Powers to delegate duties;

[15] Article 111. The Public Administration, in the Direct, Indirect or Foundational attributions, among any of the State Powers, will obey to the principles of legality, morality, publicity, reasonableness, purpose, motivation, public interest and efficiency.

and purpose. It should be noted that the principle of legality is understood as the submission of administrative activity to the Law, and before that, it is submitted to the Constitutions (both Federal and State), as it is true for all powers, submitted to the observance of the constitutional rule[16].

Likewise, article 139 of the Constitution of the State of São Paulo attributes to the said state the duty to act in the area of Public Security, giving it, therefore, the competence to legislate and execute the laws enacted in this matter[17].

When legislating, the Municipality must abide by the principles and rules recommended by the Constitutions of the state and the Republic, as a result of the principle of legality and the express text of article 144[18].

Furthermore, it should be highlighted:

> Article 277. It is the responsibility of the Public Power, as well as the family, to ensure that children, adolescents, the elderly and the disabled have absolute priority in the access to the right to life, health, food, education, leisure, professionalization, culture, dignity, respect, freedom and to experience family and community life, in addition to keeping them safe from all forms of negligence, discrimination, exploitation, violence, cruelty and aggression.
>
> (...)
>
> Art. 278. The Government will promote special programs, admitting the participation of non-governmental entities and having as purpose:
>
> (...)
>
> VI – the establishment and maintenance of special care centers and housing for the temporary welcoming of children and adolescents, the elderly, the disabled and victims of violence, including the creation of support services for victims, integrated with psychological and social assistance.

The Federal Constitution establishes in its articles 18; 24, XV; 25 and 227:

> Art. 18. A article 18. The political and administrative organization of the Federative Republic of Brazil comprises the Union, the states, the Federal District and the municipalities, all of them autonomous, as this Constitution provides;
>
> (…)

---

16 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

17 Article 139. Public Security, as a duty of the State, a right and responsibility of all, is exercised for the preservation of public order and the safety of people and property.

18 Article 144. Municipalities, with political, legislative, administrative and financial autonomy, will organize themselves by organic law, in compliance with the principles established in the Federal Constitution and in this Constitution.

> Article 24. The Union, the states and the Federal District have the power to legislate concurrently on:
>
> XV – protection of childhood and youth;
>
> (…)
>
> Article 25. The states are organized and governed by the Constitutions and laws they may adopt, in accordance with the principles of this Constitution.
>
> Paragraph 1. All powers that this Constitution does not prohibit the states from exercising shall be conferred upon them.
>
> (…)
>
> Article 227. It is the duty of the family, society, and the State to ensure children, ado lescents, and young people, with absolute priority, the right to life, health, nourishment, education, leisure, professional training, culture, dignity, respect, freedom, and family and community life, as well as to guard them from all forms of negligence, discrimination, exploitation, violence, cruelty, and oppression.

Thus, the Constitutions of the state of São Paulo and the Republic determine specific powers and attributions for the state, in addition to giving it residual competence to legislate and execute the laws created, observing the principle of purpose. It is important to point out that the competence to legislate on matters dealing with the protection of children and youth belongs to the state (1988 Constitution), and it is up to the state to determine where and how public facilities are established, for the application of this attribution. Based on the legislative competence provided for in article 24, XV, of the Federal Constitution, State Law n. 185/1973 (compatible with the Constitutional text) attributed the competence to the Fundação CASA/SP for the application of socio-educational measures to adolescents who committed infractions.

Analyzing this normative framework, we can clearly identify the constitutional competence attributed to the state over policies related to adolescents who commit crimes, either from the perspective of public security or from an educational perspective. Any interference by the administration of the Municipality, which may hinder the application of state public policies, represents a real usurpation of competence. The Municipality cannot, even if indirectly, interfere in the exercise of the powers constitutionally attributed to the state. The Organic Law, the Municipality's Development Plan or the Urban Occupation Law cannot restrict the performance of the state, especially in the establishment of public facilities essential to achieve its objectives.

Sundfeld[19], in his book 'Direito Administrativo Ordenador', teaches:

---

[19] SUNDFELD, C. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

> (...) "If the Federal Union decides to establish a nuclear plant or the state to build a prison, they do not need to comply with the Municipality's urban occupation plan and building plan. Neither the nuclear plant nor the prison establishment are common constructions, subject to municipal competence; only federal and state laws, respectively, can regulate them, including regarding location and building standards, since it is only deferred to the states and the Federation to discipline such services. In these cases, the imposition of Municipality law on the Union and states would imply an intolerable range of power of the Municipality to dispose, from a hierarchically advantageous position, over public services reserved exclusively for those above it".

Thus, the Municipality's legislation cannot isolate public buildings in areas of their exclusive interest. With regard to detention units for adolescents who commit offenses – as well as in prisons -, private interests sometimes seek to override the public interest, as they either try to avoid the establishment of such facilities in the municipality, or in the vicinity of urban centers, or in areas of great real estate value, causing such establishments to be built in remote regions, with obstacles to accessibility, to the detriment of public interest, especially of adolescents themselves, since they have the right to be housed in the vicinity of their homes, making it difficult for family members to visit them and the community to participate in the re-socialization process.

Accepting that said laws are constitutional would mean that it is up to the Municipality to determine where and how the public facilities of other political entities, namely the Union and the state, will be built in the Municipality's territory, insofar as the municipality's legislation will discipline the use of the land by other federative entities.

These normative diplomas materialize what Nascimento[20] classifies as the phenomenon of the emergence of the "exclusion of the unnecessary individuals",

> Finally, I can announce the central and ultimate hypothesis: our development process tends to produce a new type of social exclusion, whose result will be the transformation of the annoyance in the social fabric, the poor ones who reached the status of voters, but still figures as the 'dangerous excluded ones', unnecessary from the economic standpoint (no longer belonging to a 'suplying army' for the market, as they are no longer able to enter the labor market, while prisoners) and threatening, from a social point of view, as a transgressor of laws. With this shift, which occurs simultaneously with the separation between the 'working class' and the 'dangerous class', the action taken towards these individuals will no

[20] NASCIMENTO, E. P. Hipóteses sobre a nova exclusão social: dos excluídos necessários aos desnecessários. *CRH*, 1994 dez, v. 21, p. 29-47.

> longer be that of educational repression, to absorb this potential new labor force, but that of pure and simple repression to eliminate these individuals with little possibilities, as the society does not have an interest in transforming them into labor force. The modern excluded ones are, therefore, a social group that becomes economically unnecessary, politically annoying and socially threatening, and can therefore be physically eliminated. It is this latter aspect that underlies the new social exclusion pattern.

As it is reaffirmed, article 139, of the Constitution of the State of São Paulo, attributes to the state the competence for Public Security, and article 24, XV, of the Federal Constitution attributes to the state the competence to legislate on matters related to childhood and youth. Thus, if both constitutions assign specific competences, the infra-constitutional legislation, in particular, that of the Municipality, cannot create restrictions on the exercise of these competences. It must be said, that even the state could not legislate in such a way as to delegate these attribution to other entities, as mentioned.

Article 277 of the Constitution of the state of São Paulo and article 227 of the Federal Constitution, both determine that it is the duty and power of the State, here understood, with the capital letter, in a broad sense, that is, the Union, States and Municipalities – to give absolute priority to children and adolescents. And what do some municipalities try to do, while prioritizing urban planing to the detriment of the interests of adolescents in State custody?

Article 278, VI, of the Constitution of the State of São Paulo, expressly states that it is the duty of the Public Administration to establish and maintain centers of care, among others, for children and adolescents. The fulfillment of this constitutional duty becomes impossible in the aforementioned Municipalities, since these laws do not allow the construction and creation of this public facilities in the Municipality. Its unconstitutionality is evident. The Justice Court of the State of São Paulo has already ruled on this matter, when required to do so. In the decision on the Direct Action of Unconstitutionality n. 47.977-0, the Court decided:

> Direct Action of Unconstitutionality – Municipal Law that prohibits the construction of prisons and public jails in the urban area of the City – Violation of articles 1; 5, paragraph 1; 111; 139; 143, caption; and 144, of the Constitution of the State of São Paulo – Pleading granted.
>
> (...)
>
> 'In fact, undue interference within the State's jurisdiction by the Municipality is well characterized, which is offensive to article 1 of the Constitution of São Paulo (...)
>
> The Municipality of Peruíbe cannot, under the excuse of acting within the autonomy limits expressly enshrined in the Federal Constitution

> (article 30, item I), interfere in matters that are not within its competence, in this case, of Public Security, which belongs to the competence of the State of São Paulo, in the exact terms of articles 139, caption, and 143, of the São Paulo Charter'. (JTJ 212/272).

In this sense, also:

> Unconstitutionality – Municipal Law – Approval of a municipal law that prohibits the Executive Power's technical bodies from approving the construction of prisons in the territorial area of the municipality – Law Project of Councilman's initiative, vetoed by the Chief of the Executive, but promulgated by the City Council – Violation of article 139, caption, and article 5, of São Paulo's Constitution – Pleading granted. (Direct Action of Unconstitutionality n. 38.419-0 – São Paulo – Special Organ of the Court – Rapporteur: Álvaro Lazzarini – March 18, 1998 – V.U.).
>
> Direct Action of Unconstitutionality – Proposed by the General Attorney of São Paulo, aiming at the exclusion of Complementary Law n. 48, of December 14, 1999, of the Municipality of Guarujá, which prohibits the establishment of prisons, jails and units of FEBEM (São Paulo's State Child Welfare Foundation) in the residential area of the Municipality of Guarujá, and also determines the deactivation of the existing prison, within the assigned term – Usurpation of concurring competence of the Union, the States and the Federal District, to legislate on penitentiary matters, technical urban-planning parameters, and child and youth protection rights, as well as the residual competence of States in matters of public security – Arbitrary restrictions against the state in the area of public security and child and youth protection, which should not be confused with administrative limitations, on the excuse of legislating on urban planning – THE AUTONOMY OF THE MUNICIPALITY IS LIMITED, BEFORE THE SUPREMACY OF THE STATE AND, ABOVE ALL, OF THE FEDERAL UNION – Formal and material incompatibility with articles 24, I and XV, and 25, paragraph 1, both of the Federal Constitution, and, still, material incompatibility with Articles 1, 111, 139, caption, 144 and 278, VI, all of the São Paulo's Constitution – Precedents of this Court of Justice – Pleading granted (TJ/SP – São Paulo – Special Organ of the Court – Rapporteur: Mohamed Amaro – 06/11/2003 – V.U.).

Let us see that in these judgments the concurring competence of the Union, States and the Federal District, to legislate on penitentiary matters, technical urban-planning parameters and protection of children and youth, as well as the residual competence of states in matters of public security are clear, excluding the municipalities of this list.

There is, also:

> "Interlocutory Appeal – Insurgency against a decision that revoked preliminary injunction on a construction embargo related to a temporary detention center – The alleged absence of a project and permit to build is related to the prohibition on the construction of this penal facility in residential areas and commercial venues by municipal legislation, and even if it such absence was resolved, the Municipality would not approve the project in view of the aforementioned local legislation – In addition, the revocation of preliminary injunction on a construction embargo proves to be legal, since the jurisprudence has understood that it is up to the State to legislate on the matter – Decision maintained – Interlocutory appeal not granted." (JTC 263/363).
>
> "Civil Appeal – Land donated by the Municipality for the construction of a prison – construction started within the donation period – Municipal Law that prohibits construction was approved after it – Impossibility of the demand – exercise, by the State, of the sphere of competence provided for by the sovereignty of the Nation – definition of competences – Municipal portion of territory that is not exclusive to the use of the Municipality – State has reserved competence to take care of public security – unviability to dwell on the Municipality's sovereignty – potential construction of a prison, whose location is in an area with rural characteristics, distanced from the urban perimeter – sentence maintained – unprovided appeal" (TJSP – Ap.Civ. N. 18.173-5 – 8th Chamber of Public Law – Rapporteur: Walter Theodósio – 20/02/1998 – V.U.).

This decision shows an important affirmation of the judge, when stating that the "Municipal portion of territory that is not exclusive to the use of the Municipality", so that there is no sovereignty of this political entity over the state in these matters.

In this way, we can verify that all the municipal laws here studied are in conflict, in some way, with the body of guarantees for the rights of children and adolescents enshrined in the current Constitutional order. Such provisions are in disagreement with the general duty of the family, the society and the State to guarantee absolute priority to policies related to children and adolescents, besides violating specific constitutional competences of other federal entities.

SOCIETY FEARS AND RESEARCH RESULTS

As explained above, it can be seen that among the reasons that led the municipalities to try to prevent the installation of service centers from the former FEBEM, currently the Fundação CASA, in their territories were the hygienist history of the formation of cities and the fear of the consequences of such facilities, among which rebellions, mass escape and creating flows of people in the region where the facility is established.

Even with all the resistance from the municipalities, the process of decentralization of such facilities was carried out in the State of São Paulo, especially from 2005 on, when a major restructuring of the state's socio-educational service began, with the construction of decentralized facilities, with small units, with capacity to welcome 56 teenagers. For choosing the construction sites for the centers, the possibility of greater capillarity throughout the state was taken into account, so that adolescents could fulfill the socio-educational measure close to their homes, preferably in their own city of origin and neighborhood (Fundação CASA/SP, 2014).

However, the indicators obtained after the peak of the decentralization process, between 2005 and 2009, show that the choices made by the Fundação CASA were correct in several aspects. From the analysis of the data that follows, it appears that there was a sharp decrease in the indicators of recidivism, rebellions and mass escape in the period and a stabilization from 2010 on. Thus, the percentage of adolescents fulfilling their service time in the capital of the State of São Paulo went from 82% in 2005 to 39.5% in 2013, with 41.6% in the inland area, 6% on the coastal area and 13% in the Metropolitan complex of São Paulo. The total number of centers in the inland area and coastal area of the state now correspond to 50.7% of the centers in the state, surpassing the number of centers in the capital[21].

In 2006, the rate of recidivism at the Fundação CASA was around 29%, dropping to 19% the following year, reaching around 13% in 2009, and maintained this number until 2013. Regarding this index, it is important to clarify that what is considered as recidivism is a young person's new entry in the Fundação CASA to comply with a socio-educational measure, and not just the practice of a new infraction. This is because the adolescent considered a first-time offender was not necessarily a first-time offender in the practice of infraction acts, but only in compliance with the socio-educational measures as resident or semi-resident, given the exceptional character of these measures and, normally, the young person who arrives at the institution has already been subject to other kinds of measures before, such as warnings, supervised liberty or community service.

Regarding the possibility of escape of the residents, one of the main concerns of populations and local governments, the indicators are expressive. In 2005, FEBEM recorded the flight of 775 residents. In the following year, the first year after the start of the decentralization process, the number registered was 186 and in 2013, only 64 residents have fled the facilities. These numbers

---

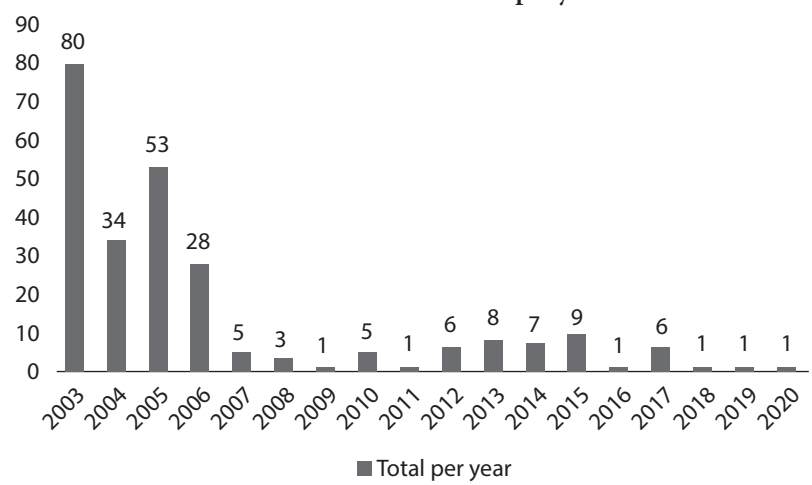
21 GIANELLA, B. *Encontro Estadual de Diretores da Fundação CASA*. Lindoia, 2013.

become more relevant when considering the populations of residents from both periods. In 2005, FEBEM had 6,641 inmates, and 775 of them have fled the facilities, while in 2013, the number of inmates was 8,645, when only 64 have done the same.

When it comes to what is commonly known as rebellion, that is, actions of the adolescents to challenge the established order, the Fundação CASA separated such acts into two distinct categories, according to the proportion and danger in question: (i) Rebellion: "it is an occurrence that involves all or almost all adolescents in a service facility. We consider an occurrence as a rebellion when there are hostages, fire in the facility, aggression against employees or among teenagers themselves, and great property damage (rendering the place severely damaged). Displays of indiscipline: "events held by a minority of adolescents in a service facility. Usually promoted to contest the rules of the center. Small and medium-sized property damage can be identified. There may be violence against employees and even hostages, but the severity of the situation is of minor concern, because such events can be quickly repressed solely with the help of the employees of the Fundação CASA"[22].

The number of rebellions and displays of indiscipline dropped considerably after the decentralization process began. Taking this classification into account, the evolution of these events can be seen in the following tables:

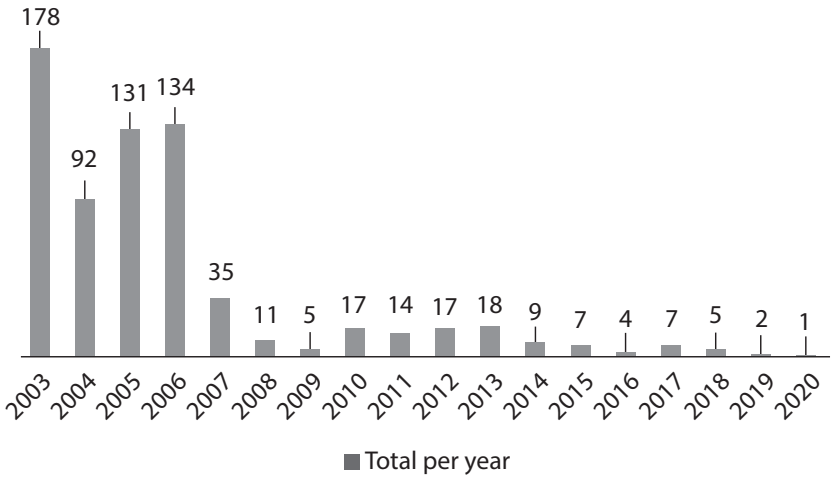
Table 1 – Rebellions – total per year.



Source: Fundação CASA/SP, 2020.

[22] GIANELLA, *op. cit*.

Table 2 – Displays of Indiscipline – total per year.



Source: Fundação CASA/SP, 2020.

In this sense, after the beginning of the decentralization process and the consequent construction of the centers with reduced capacity and proximity to the place where the socio-educational measure was set to be fulfilled, it was possible to verify an important shift in the efficiency of enforcement of the socio-educational measures. In addition, the fear of local populations and public authorities that there could be a large number of occurrences in the service facilities has still not happened. Decentralization also provided adolescents with the opportunity to comply with the measures close to their homes, strengthening ties with the community, enabling the integration of these facilities into the territories.

CONCLUSION

The process of urban formation, whether expressly or tacitly, is invariably composed of a strong process of exclusion of unwanted minorities. Sometimes, the reasons presented for the establishment of segregationist policies can be considered noble, however, once in practice, we can see the excluding pattern, demonstrating its real purpose, that is, of secluding certain groups from society.

The flow of history shows that the methods used can vary from the elimination of these groups to making them invisible to the eyes of organized society by allocating them in regions far from urban centers, separated by physical barriers or compulsory detention in closed institutions. Likewise, with regard to adolescent perpetrators of offenses or prisoners in general, incarceration is not enough, it is necessary to keep the facilities aimed at this purpose out of the eyes of the society.

In spite of the advance of civilization that occurred during the 20th century, especially after the Second World War, the segregationist process of formation and management of cities persists. In Brazil, the 1988 Federal Constitution, also known as the "Citizen Constitution", aimed to promote various rights and guarantees once vilified by the different dictatorial regimes established in the short and brief Brazilian republican period. However, we verified that the mere normative inclusion of such rights was not enough to make real changes in the established praxis.

There is a need for constant vigilance over established fundamental rights, under the danger of seeing them only as dead legal charters. In this work, we sought to verify the mechanisms used to segregate groups of unwanted individuals, from those who hold society's power, causing the city's emancipatory function to lose its purpose, reaching only the portion of the more fortunate members of the social group, eligible to such privileges. As we have seen, segregation can take place through the law or through established customs. Usually one stems from the other, with the purpose of legitimizing desires and interest that are not always republican. The category of "exclusion of the unnecessary individuals" presented by Nascimento, in 1994, still exists and a considerable and important part of society insists on maintaining this sad pattern of exclusion.

Among the several fundamental duties prioritized in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, is that of giving absolute priority to children and adolescents, guaranteeing the full enjoyment of the rights provided for in the same constitution and in the infra-constitutional rules, among which we can highlight the right to experience family and community life and, for adolescents who commit infractions, the right to comply with the socio-educational measure in the location where their parents or legal guardians live. This provision aims not only to assign a duty to the local public administration, so that it contributes to the reintegration of these young people in society, but also of holding the society of that microsystem as co-responsible for this task, as stipulated in article 227, of the Federal Constitution.

The mere existence of the norms exposed in this paper demonstrate the resistance of local communities in welcoming or being co-responsible for that portion of the population that is a result from the social dynamics of the territory itself. Such norms constitute unconstitutional rules that violate the guarantees system, as enshrined in the Constitution.

Notwithstanding the efforts made by the local public authorities in order to prevent the establishment of socio-educational assistance facilities in their territories, the Judiciary recognizes the State's competence in promoting these public policies, removing the interference of the Municipalities in this area. It recognizes the competence of Municipalities to legislate on the use and distribution

of land, but limits this action in a way that it does not prevent the enjoyment of the constitutional duties of the State and the right of children and adolescents to enjoy the territory.

Furthermore, it is possible to conclude that the process of decentralization of care was successful, reflected in the considerable drop in the index of violence and recidivism in the Fundação CASA centers, although it cannot be concluded that this was the only factor responsible for this reduction.

REFERENCES

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BIBLIA SAGRADA – Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1990.

Boletim Estatístico. Fundação CASA/SP, 24 de maio de 2020. Disponível em: http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/View.aspx?d=79.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Brasil. Constituição Estadual de São Paulo de 05 de outubro de 1989. São Paulo. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html.

CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril*: cortiços e epidemias na Corte imperial. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

COSTA, A. C. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Decreto n. 1.079/1902. São Paulo, Brasil. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1902/decreto-1079-30.12.1902.html. Acesso em 01 de maio de 2020.

Estatudo da criança e do adolescente – Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Brasil.

GIANELLA, B. *Encontro Estadual de Direitores da Fundação CASA*. Lindoia, 2013.

Lei Complementar Municipal n. 487, de 09 de janeiro de 2006. Bragança Paulista, São Paulo, Brasil. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/sp/b/braganca-paulista/lei-complementar/2006/49/487/lei-complementar-n-487-2006-dispoe-sobre-alteracao-de-dispositivo-do-plano-diretor-2006-01-09-versao-original.

Lei Estadual n. 17.244, de 10 de janeiro de 2020. São Paulo, Brasil. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/norma/192881.

Lei Estadual n. 844/1902. São Paulo, Brasil. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/norma/64935

Lei n. 10.216 de 06 de abril de 2001. Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm.

Lei n. 185 de 12 de dezembro de 1973. Autoriza o Poder Executivo a instituir a "Fundação Paulista de Promoção Social ao Menor – PRO-MENOR". São Paulo. Brasil.

Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1973/lei-185-12.12.1973.html.

Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Brasil. Disponpivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

NASCIMENTO, E. P. Hipóteses sobre a nova exclusão social: dos excluídos necessários aos desnecessários. *CRH,* 1994 dez, v. 21, p. 29-47.

SANT'ANNA, T. C., BRITO, V. C. A lei antimanicomial e o trabalho de psicólogos em instituições de saúde mental. *Psicologia: ciência e profissão,* 2006, v. 26, p. 368-83. doi: 10.1590/S1414-98932006000300004. Acesso em 01 de maio de 2020.

SILVA, J. A. Inovações municipais na Constituição de 1988 (homenagem póstuma a Hely Lopes Meirelles). *Revista dos Tribunais,* 2011 maio, v. 13, p. 1107-122. Acesso em 15 de maio de 2020.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Lei n. 12.594 de 18 de janeiro de 2012. Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm.

SUNDFELD, C. *Direito Administrativo Ordenador.* São Paulo: Malheiros, 1993.

TENÓRIO FILHO, J. R., LIMA, S. F. Construções penais e o diálogo com a cidade: a (não) política de implantação de equipamentos penais no meio urbano. *Urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana*, 19 de fevereiro de 2018, p. 371-86. doi: https://doi.org/10.1590/2175-3369.010.002.ao08.

TJ/SP. ADIn Estadual n. 154 726-0/2-00. Órgão Especial. Des. Relator: Mário Devienne Ferraz. DJ: 18/07/2008. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6914534/acao-direta-de-inconstitucionalidade-de-lei-adi-1547260200-sp-tjsp/inteiro-teor-110004665

TJ/SP. ADIn Estadual n. 47.977-0/1. Órgão Especial. Des. Relator: Hermes Pinotti. DJ: 04/11/1998. DO 05/11/1998.

TJ/SP. ADIn Estadual n. 73.011-0/0-00. Órgão Especial. Des. Relator: Mohamed Amaro. DJ 11/07/2003. Disponível em: http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1341260&cdForo=0.

TJ/SP. Ap.Civ. n. 18.173-5. 8ª Câmara de Direito Público. Des. Relator. Walter Theodósio. DJ. 20/02/1998.

VILLAÇA, F. São Paulo: segregação urbana e desigualdade. *Estudos avançados*, 2011, p. 37-58. doi: 10.1590/S0103-40142011000100004.

Data de recebimento: 20/08/2020

Data de aprovação: 15/12/2020

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL: CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ENVIRONMENTAL TAXATION IN BRAZIL: IMPLEMENTATION OF ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT

João Otávio Bacchi Gutinieki[*]
Rafael de Souza Mendonça[**]
Tiago Cappi Janini[***]

RESUMO

O desenvolvimento sustentável com a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos maiores desafios da sociedade atual. A tributação ambiental pode ser um importante instrumento para a concretização de políticas públicas ambientais. O presente artigo enfrenta o problema: O direito tributário, em seu caráter fiscal e extrafiscal, é capaz de auxiliar na efetivação de políticas públicas ambientais? Seu objetivo geral é defender a hipótese de que o direito tributário, tanto em seu caráter fiscal como extrafiscal, pode ser um importante instrumento de concretização de políticas públicas ambientais voltadas para um desenvolvimento sustentável. Os objetivos específicos são: apresentar as características e limitações do sistema tributário nacional, em seguida tratar da teorização da tributação ambiental, e, por fim, examinar os limites e as possibilidades que os arranjos fiscais verdes apresentam dentro da matriz fiscal brasileira, com enfoque na CIDE-combustíveis e o ICMS

[*] Mestrando em Direito Econômico e Financeiro na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Pesquisador na Fundação Getúlio Vargas (FGV). E-mail: joaogutinieki@usp.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6145704698215923. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8140-3551.

[**] Mestre em Direito Econômico e Financeiro na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). E-mail: rafaelsmendonca@usp.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1243900797424259.

[***] Coordenador e Professor do Programa de Mestrado em Direito do Unisal – Lorena, SP. Estágio Pós-Doutoral (PNPD/CAPES) na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC, SP. E-mail: tiagocappi@yahoo.com.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7897521026059454. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9554-5692.

ecológico. O trabalho utilizou-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica. Por fim, conclui-se que as poucas interações entre o direito tributário e o meio ambiente no Brasil apresentam um significativo resultado, demonstrando que a tributação ambiental pode ser um instrumento eficiente para políticas públicas que assegurem o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Tributação ambiental. Desenvolvimento sustentável. Extrafiscalidade. Tributação seletiva.

ABSTRACT

Sustainable development with the preservation of the ecologically balanced environment is one of the biggest challenges of today's society. Environmental taxation can be an important instrument for the implementation of environmental public policies. This paper addresses the problem: Is tax law, in its fiscal and extrafiscal nature, able to assist in the implementation of environmental public policies? Its general objective is to defend the hypothesis that tax law, both in its fiscal and extra-fiscal nature, can be an important instrument for the realization of environmental public policies aimed for sustainable development. The specific objectives are to present the characteristics and limitations of the national tax system, then to address the theorization of environmental taxation, and, finally, to examine the limits and possibilities that green tax arrangements present within the Brazilian tax matrix, focusing on "CIDE – Combustíveis" (a tax on fuel sector) and the "ICMS Ecológico" (tax of goods and services). The study used the deductive method, with bibliographic research. Finally, it is concluded that the few interactions between tax law and the environment in Brazil have a significant result, demonstrating that environmental taxation can be an efficient instrument for public policies that ensure sustainable development.

Keywords: Environmental Taxation. Sustainable development. Extrafiscality. Excise tax.

INTRODUÇÃO

Desde a segunda metade do século passado, a questão ecológica passou a ser uma das principais preocupações da humanidade. Dentro dessa realidade, pensar formas de preservação ambiental, sobretudo por meio da indução de comportamentos, tornou-se um dos nossos principais desafios, principalmente em virtude do estágio de desenvolvimento da sociedade atual.

A tributação ambiental se insere nesse contexto, apresentando-se como uma ferramenta relevante para a concretização de políticas públicas ambientais como forma de efetivação dos valores constitucionais. Em pleno debate de reforma tributária, com ampla discussão de diferentes projetos, o tema da tributação ambiental foi preterido, o que demonstra a importância de trazê-lo à tona.

Surge, portanto, a necessidade de intensificar o diálogo entre tributação e meio ambiente para fins de concretizar políticas públicas voltadas para um desenvolvimento sustentável. Em época de globalização, o progresso e o consumo devem se ater ao meio ambiente, sob pena de aniquilá-lo. Criar e efetivar políticas públicas dirigidas à preservação ambiental conciliada com o progresso da sociedade é uma das principais preocupações do mundo atual.

Nesse contexto, o direito tributário pode ser um importante aliado para a concretização de políticas públicas ambientais que visem maiores benefícios para a coletividade. Desse modo, o presente artigo enfrenta o seguinte problema: O direito tributário, em seu caráter fiscal e extrafiscal, é capaz de auxiliar na efetivação de políticas públicas ambientais?

Este estudo tem por objetivo geral defender a hipótese de que o direito tributário, tanto em seu caráter fiscal como extrafiscal, pode ser um importante instrumento de concretização de políticas públicas ambientais voltadas para um desenvolvimento sustentável. Para tanto, vale-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica.

Em seu percurso, este texto tem como objetivos específicos apresentar as características e limitações do sistema tributário nacional, em seguida tratar da teorização da tributação ambiental, e, por fim, examinar os limites e as possibilidades que os arranjos fiscais verdes apresentam dentro da matriz fiscal brasileira, com enfoque na CIDE-combustíveis e o ICMS ecológico.

As características e as limitações do sistema tributário nacional

Os debates sobre uma reforma tributária no Brasil são bastante atuais. A sua necessidade é quase consenso entre os diversos setores da sociedade. Obviamente, o modelo a ser implementado varia bastante de acordo com os interesses dos sujeitos consultados. Apesar disso, os campos de pressão tratam pouco sobre uma maior participação da tributação ambiental em nosso sistema tributário[1].

Diante dessa realidade, busca-se, nessa parte do artigo, analisar como se organiza a matriz tributária nacional e quais as principais críticas a ela imputadas. Essa compreensão é central para mapear de quais formas os tributos ambientais podem ser alocados em nossa estrutura fiscal e como podem ser usados para concretizar políticas públicas dirigidas ao desenvolvimento sustentável.

A carga tributária nacional é atualmente cerca de 33% do Produto Interno Bruto (PIB). Um valor abaixo da carga tributária dos países que oferecem mais direitos sociais que o Estado Brasileiro, principalmente na Europa Ocidental. Por

---

[1] DOMINGUES, J. M. *Direito tributário e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

sua vez, dentre os países em desenvolvimento, o Brasil é um dos que apresenta uma das mais altas cargas tributárias[2].

Soma-se a essa realidade o fato de que, diferentemente do que ocorre nos países que apresentam um modelo de tributação mais eficiente, a carga brasileira tem uma lógica cruel: onera desproporcionalmente os mais pobres. A lógica dessa distorção é que nossa matriz fiscal é concentrada em tributos indiretos e regressivos, não em tributos diretos e progressivos.

O resultado desse processo é que, em 2012, as famílias que ganharam até dois salários mínimos pagaram 49% da sua renda com tributos, enquanto as que receberam mais de trinta salários mínimos pagaram apenas 35,6%[3]. Dessa forma, o sistema tributário brasileiro vai de encontro ao que determina o princípio distributivo, uma vez que, por ser altamente regressivo[4], tributa mais as pessoas pobres, o que gera mais concentração de renda.

Além disso, o modelo de tributação nacional apresenta outro contrassenso: onera, principalmente, o trabalho e o consumo ao invés de focar em renda do capital e do patrimônio. Cerca de dois terços da nossa arrecadação provêm da tributação sobre o consumo, até mesmo de produtos destinados à sobrevivência básica, como alimentos, remédios e materiais de higiene pessoal[5].

Outro ponto bastante criticado da matriz tributária brasileira é a forma de estruturação do Imposto de Renda (IR). Aponta-se que seu grau de progressividade, na tributação das pessoas físicas, dependente do número de faixas sobre as quais são aplicadas as alíquotas do imposto, desde a isenção até a tributação máxima, é ineficiente[6]. Logo, esse tributo direto não cumpre eficientemente o seu principal papel: redistribuir renda. Para se ter uma ideia, nos Estados Unidos, o teto do IR é de 39,6%. Japão e Chile cobram até 40%. Inglaterra, Austrália e França, 45%[7].

Outro problema do IR é que ele não onera os lucros e dividendos recebidos por sócios e donos de empresas. Segundo Orair, pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e vencedor do Prêmio de melhor monografia do Tesouro Nacional (2015) com um trabalho sobre tributação, apenas o Brasil e a Estônia apresentam esse tipo de isenção[8].

---

2 GOBETTI, S.; ORAIR, R. *Progressividade Tributária*: a agenda esquecida. Brasília: Prêmio de Monografia em Finanças Públicas do Tesouro Nacional, 2015, p. 21.

3 ZOCKUN, M. H. *Equidade na tributação*. Texto para discussão n. 15. São Paulo: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), 2016, p. 03.

4 GOBETTI, S.; ORAIR, R., *op. cit*., p. 25.

5 BARBOSA, L. F. R. B. *Reforma tributária e justiça social*. Rio de Janeiro: Ipea, OAB/DF, 2018, p. 86.

6 *Ibid*., p. 88.

7 GASSEN, V.; SILVA, J. J. Matriz tributária, (in)justiça fiscal e objetivos do Estado brasileiro. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 28, n. 242, p. 701-720, 2016, 732.

8 GOBETTI, S.; ORAIR, R., *op. cit*., p. 28.

No que se refere ao imposto sobre herança e doações, percebe-se que a taxação das heranças, por meio do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCMD), segundo a legislação brasileira, pode ser de até no máximo 8% e representa irrisórios 0,09% da carga tributária total, o que equivaleu a 4 bilhões de reais em 2013. Como cada Estado determina essa alíquota, efetivamente esse percentual está ainda mais abaixo dos níveis mundiais. Hoje, a média aplicada está em torno de 4%[9].

Outra característica da matriz tributária nacional é a pequena participação da tributação ambiental em sua estrutura. Os poucos casos de "tributos verdes" existentes são bastante criticados pelo baixo impacto de sua atuação[10]. Esse assunto será detalhado no decorrer do artigo, porém antes é oportuno traçar algumas diretrizes sobre a tributação ambiental.

Procurou-se indicar que a carga tributária nacional é essencialmente regressiva, pouco seletiva e pouco indutora de condutas ambientais. A cobrança de tributos no Brasil onera mais trabalho e consumo que renda e patrimônio, dando pouca atenção às políticas públicas ecológicas.

Tributação ambiental: origens, características e perspectivas

Na sociedade globalizada e hiperconsumerista em que vivemos, o Poder Público precisa dedicar esforços para desenvolver políticas públicas preventivas e incentivadoras para construir e preservar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental constitucionalmente garantido.

Há, portanto, uma constante busca do equilíbrio entre homem e natureza, sendo fundamental a presença do Estado para garantir uma racionalidade ambiental, estimulando condutas que valorizem as práticas ecológicas que identificam a finitude dos recursos ambientais[11]. Uma tributação ambiental que estimule os contribuintes realizarem determinados comportamentos pode ser uma solução. Ou seja, o direito tributário pode ser usado como indutor de condutas que preservem e protejam o meio ambiente.

Aduzem Sell e Hammarström[12] que dentro da ideia de um direito ambiental inserido em um Estado democrático, as políticas públicas são de vital importância,

---

9 BARBOSA, L. F. R. B., *op. cit*., p. 86.

10 OLIVEIRA, T. S; VALIM, B. F. C. A. *Tributação ambiental*: a incorporação do meio ambiente na reforma do sistema tributário nacional. Rio de Janeiro: Ipea, OAB/DF, 2018, p. 131.

11 SOUZA, J. F. V. de; SANOMIYA, B. R. Mínimo existencial ecológico e a judicialização das políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 381-407, dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1742>. Acesso em: 23 ago. 2019.

12 SELL, C. L; HAMMARSTRÖN, F. B. O Estado democrático sob uma perspectiva do direito ambiental. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 2, p. 207-222, jul.-dez. 2015. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/fd2ae8220fe776ca5fff-38613be253c5.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

norteando a aplicação dos princípios jurídicos ambientais, em busca da preservação do meio ambiente. O direito tributário, como se procura demonstrar, é um âmbito em que podem e devem ser desenvolvidas políticas públicas ambientais eficazes.

Nessa parte do artigo serão tratadas as origens, as características e os caminhos que a tributação ambiental cursou desde seu surgimento no início do século XX. Esse estudo é relevante para a compreensão das possibilidades de implementação de uma política fiscal verde no Brasil, preocupando-se com a sustentabilidade. Dois temas centrais para o estudo desse assunto serão debatidos nesse tópico: o princípio do poluidor-pagador e a diferenciação entre o papel fiscal e o extrafiscal dos tributos.

Origens da tributação ambiental

A discussão sobre tributos como instrumento de indução de comportamentos ambientais tem origem no começo do século XX, na teoria do economista inglês Arthur Cecil Pigou. Esses estudos partem do entendimento de que havia a necessidade de internalizar os custos das externalidades negativas ambientais nos custos de produção. Por esse motivo, falhas de mercado como poluição e degradação ambiental deveriam ser valoradas e agregadas ao custo de produção, com o intuito de evitar a socialização do prejuízo aliada à privatização dos lucros[13].

Nesse contexto, uma das formas de implementar essa correção seria mediante sistemas de reparação ou instituição de tributos com a criação de um imposto incidente sobre a atividade produtora de externalidades negativas[14], equivalente ao dano social produzido, funcionando com instrumento capaz de corrigir essa falha de mercado.

Por outro lado, a teoria pigouviana defendia que os comportamentos positivos – promotores de externalidades positivas – deveriam ser incentivados. Por isso, a internalização dos investimentos com proteção ambiental seria recompensada por meio de indenizações ou incentivos, dentre estes os fiscais.

O resultado desse modelo de reparação proposto por Pigou é que os consumidores e as empresas levariam esses custos em consideração em suas decisões. Logo, trata-se de um instrumento de indução, uma vez que comportamentos mais indesejados seriam desincentivados e os desejados seriam incentivados[15].

Um dos principais críticos da teoria de Pigou foi economista inglês Ronald Coase (1960), que argumentou que as vantagens da regulação do Estado foram

---

13 PIGOU, A. C. *The Economics of Welfare*. 4. ed. London: Macmillan & Co., 1962, p. 192.
14 *Id*.
15 *Id*.

superestimadas pela teoria pigouviana. Para Coase[16], seria melhor que o causador dos custos sociais negociasse livremente com o sofredor desses atos, sem a intervenção do Estado. Esse pensamento serviu de base para a criação do mercado de carbono.

Historicamente, a regulamentação do meio ambiente se deu de forma majoritária por meio do uso de ferramentas de comando e controle. No entanto, a realidade mostrou que esse método de atuação apresentava limitações e que outras frentes precisavam ser utilizadas. Diante desse certo grau de ineficácia dos instrumentos jurídicos tradicionais para a preservação ambiental, surgiram novos mecanismos, entre eles a tributação ambiental e o mercado de emissões[17].

Apesar das propostas de utilização de tributos verdes terem origem no início do século XX com os trabalhos de Pigou, foi a partir da década de 1990 que diversos países começaram a utilizar, de forma significativa, instrumentos tributários com o objetivo de orientar os comportamentos visando o desenvolvimento sustentável. Os casos de maior destaque ocorreram nos países Nórdicos, que realizaram amplas reformas fiscais verdes[18].

Principais conceitos relacionados à tributação ambiental: Princípio do Poluidor-Pagador, fiscalidade e extrafiscalidade

Atualmente, apesar da incipiente participação da questão ambiental no debate público do país sobre a reforma tributária, a introdução da variável ecológica no sistema fiscal começa a crescer nas discussões acadêmicas e políticas sobre o assunto. A tendência é que esse percurso continue e que novos tributos de caráter ecológico sejam criados com o intuito de propiciar uma economia verde e sustentável[19].

O conceito de tributação ambiental, apesar das diferenciações, segue no sentido de compreendê-la enquanto estruturação de um conjunto de ferramentas tributárias para fins ambientais. Tôrres[20] vai nessa direção ao afirmar que o direito tributário ambiental é "o campo do Direito que estuda as normas jurídicas tributárias elaboradas em concurso com o exercício de competências ambientais, para determinar o uso de tributo na função de preservação de bens ambientais".

---

16 COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, out. 1960, p. 26-28.

17 GERENT, J. A internalização das externalidades negativas ambientais: uma breve análise da relação jurídico-econômica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 40-63, out./dez. 2006, p. 52.

18 OLIVEIRA, T. S; VALIM, B. F. C. A., *op. cit*., p. 136.

19 *Ibid*., p. 124.

20 TÔRRES, R. L. Valores e princípios no direito tributário ambiental. *In*: TÔRRES, H. T. (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.

No estudo da tributação ambiental, é necessário que se pontue as suas duas frentes de atuação: fiscal (arrecadatória) e extrafiscal (indutora). A primeira se dá com a destinação das receitas fiscais para projetos ambientais. Por sua vez, a segunda ocorre por meio de elementos que buscam direcionar para o cumprimento de condutas ambientais[21].

Um sistema tributário, essencialmente, abarca um conjunto de tributos cuja principal função é arrecadar recursos para que o Estado possa custear atividades que lhe são intrínsecas, como educação, saúde, transporte, segurança, saneamento, dentre outras. Essa visão apenas fiscal, com o tempo, começou a ser contestada. Com isso, os tributos também obtiveram um papel extrafiscal importante para a condução de política econômica, de instrumentos de justiça social e de indução de comportamentos[22].

No campo econômico, por exemplo, a extrafiscalidade serve para distribuir renda e combater as desigualdades entre pessoas e regiões; para estimular setores produtivos priorizados, entre outras aplicações. Explicam Costa e Diehl[23] que assim a tributação deixa de ser um instrumento exclusivo de arrecadação e transforma-se em um mecanismo que vise a atender ao interesse público e aos objetivos elencados na Constituição, especialmente a eliminação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. No campo ambiental, também se apresenta como uma ferramenta de resultados interessantes[24].

Ressalta-se que todos os tributos apresentam funções fiscais e extrafiscais. A diferenciação entre eles, nesse ponto, é que uns apresentarão mais utilidade fiscal e outros terão mais caráter extrafiscal. Com outras palavras, essas características estão presentes em todas as atuações fiscais, o que varia é a intensidade dessas frentes de atuação[25].

Essa discussão de fiscalidade e extrafiscalidade está diretamente relacionada ao debate sobre tributos ambientais em sentido amplo e sentido estrito. O primeiro caso se refere àqueles que possuem uma finalidade predominantemente arrecadadora, mas que indiretamente contribuem com algum dos seus elementos para a questão ecológica. Por exemplo, seria o caso da vinculação de receitas de algum tributo para finalidades ambientais[26].

---

21 *Ibid*., p. 103.

22 MONTERO, C. E. P. *Tributação ambiental:* reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 177.

23 COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIEHL, R. C. A realização da justiça social em tempos de globalização: uma análise sobre a extrafiscalidade. *Revista Direito & Paz*, v. 2, n. 37, p. 96-116, dez. 2017. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/796>. Acesso em: 23 ago. 2019, p. 102.

24 MONTERO, C. E. P., *op. cit*., p. 176.

25 *Ibid*., p. 179.

26 OLIVEIRA, T. S; VALIM, B. F. C. A., *op. cit*., p. 135.

Uma situação de função fiscal realizada por um tributo verde é o caso da Taxa de Controle Fiscal Ambiental (TCFA) prevista na Lei n. 10.165/00 cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido ao IBAMA. Sem entrar no mérito das discussões sobre ser constitucional ou não, a taxa tem por finalidade custear o poder de polícia do Estado referente ao meio ambiente, caracterizando evidente caráter arrecadatório, sem a característica de induzir o comportamento do contribuinte.

Por sua vez, o tributo ambiental no sentido estrito seria aquele criado objetivamente para incentivar a proteção do meio ambiente. Esse tipo de instrumento pretende orientar as condutas dos diversos agentes econômicos de forma que o seu impacto no meio ambiente seja realizado de forma sustentável. Com outras palavras, ele tem uma finalidade predominantemente extrafiscal. Nesse caso, a função arrecadatória possui um papel secundário. É o caso, por exemplo, dos tributos incidentes sobre resíduos sólidos praticados na Europa[27].

Todavia a extrafiscalidade tributária para fins ambientais não pode ser dissociada de outros princípios constitucionais, sobretudo os de direito ambiental. Nesse sentido, ensinam Bombo, Pedrini e Dantas:

> Para a finalidade extrafiscal ambiental ser eficiente, os princípios a serem analisados ultrapassam a seara do Direito Tributário e mesclam-se a princípios ambientais, econômicos e constitucionais. Assim, ao aplicar corretamente as diretrizes estabelecidas pelo nosso ordenamento jurídico, é possível incentivar condutas ecologicamente compatíveis e desestimular as atitudes causadoras de danos ambientais, o que torna a extrafiscalidade uma modalidade de intervenção estatal extremamente saudável, justamente por compatibilizar e aplicar os princípios convergentes expostos em prol da sociedade[28].

Outro ponto central no estudo da tributação ambiental é o Princípio do Poluidor-Pagador (PPP), que se caracteriza por imputar ao poluidor o custo que seria suportado por toda a coletividade em razão da degradação ambiental gerada pelas suas atividades econômicas[29]. Com isso, o poluidor não externaliza negativamente a poluição que produz e não se apropria do lucro obtido em suas atividades poluentes[30]. Trata-se de uma alternativa às tradicionais ferramentas de comando e controle[31].

---

27 OLIVEIRA, T. S; VALIM, B. F. C. A., *op. cit*., p. 137.

28 BOMBO, F. dos S.; PEDRINI, T. F.; DANTAS, M. B. Extrafiscalidade como instrumento para a obtenção de um meio ambiente sustentável. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, ed. especial, p. 185-204, 2019. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/conteudo/artigos/9d3ac03f631869ad9582ff7e3b31be88.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020, p. 198.

29 AMARAL, P. H. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

30 TÔRRES, R. L., *op. cit*., p. 07.

31 MONTERO, C. E. P., *op. cit*., p. 32.

Pode-se afirmar que o PPP legitima a tributação verde, uma vez que as ferramentas tributárias extrafiscais induzem a redução das ações ambientais poluidoras e transferem os custos das externalidades negativas para o poluidor. Logo, é justamente com base nesse princípio que se aplica a seletividade dos tributos verdes, uma vez que estes incidirão sobre fatos econômicos que impactam de maneira negativa o meio ambiente, de acordo com critérios de proporcionalidade e de equivalência[32].

Ademais, destaca-se que o PPP orienta para o desenho de alíquotas progressivas para tributos verdes, pois a graduação de alíquotas e faixas diferenciadas de acordo com as diversas quantidades de poluição previstas fortalece o caráter extrafiscal do tributo. A lógica disso é que quem poluir mais pagará mais. De acordo com Aydos[33] o uso de alíquotas de tipicidade fixa potencializaria mais o caráter arrecadatório, dificultando a modulação do comportamento desejado.

Ressalta-se que o princípio da capacidade contributiva, que é uma referência central nos tributos tipicamente fiscais na tributação ambiental, tem menos influência. De maneira que, nesse caso, o critério diferenciador será o tipo de relação do agente econômico com o meio ambiente e não o índice de riqueza. O parâmetro para calcular o imposto não deverá ser monetário[34].

Importante destacar também que o tributo ambiental, alinhado à gênese do conceito de tributo, não tem o objetivo de punir, mas pretende que os agentes econômicos, por opção, com base em sua liberdade de escolha, reduzam a produção ou o consumo de produtos poluidores e mudem para práticas mais ecológicas. Quando a conduta for passível de sanção, o instrumento devido será a multa. Em nenhum caso poderão ser tributadas condutas proibidas que provoquem danos ambientais, uma vez que ocorreria a legitimação dessas ações[35].

Além disso, no estudo da tributação verde é central apontar que essa lógica fiscal não é impraticável. Diversos países fizeram reformas tributárias ambientais e provaram a efetividade dessa medida. Desde meados dos anos 1990, alguns países da Europa vêm utilizando instrumentos de mercado na política ambiental, especialmente os tributos, cobranças de uso e autorizações negociáveis[36].

---

32 AYDOS, E. L. P. *Tributação ambiental no Brasil*: fundamentos e perspectivas. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2010, p. 91.

33 AYDOS, E. L. P., *op. cit.*, p. 92.

34 *Ibid.*, p. 93.

35 MONTERO, C. E. P., *op. cit.*, p.172.

36 TUPIASSU, L. V. da C. *Tributação ambiental:* a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito do meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107.

As principais áreas onde houve a introdução de tributos ambientais, nos países europeus, são: a geração e depósito de lixos, inclusive com taxas incidentes sobre o uso e descarte de baterias; mudança climática, uso de sacolas plásticas, com tributação incidente sobre a geração de energia e as emissões de gases de efeito estufa, transportes e uso de combustíveis fósseis. Destacam-se nessa iniciativa, os países nórdicos Finlândia, Suécia, Dinamarca, Noruega[37].

A Finlândia, por exemplo, foi o primeiro país que implementou um imposto sobre as emissões de CO_2. Trata-se de uma carga extra, diferente da tributação energética convencional, que atualmente representa 10% da arrecadação ambiental. Por sua vez, a Dinamarca tem um tributo sobre coleta de lixo e descarte de baterias bastante pioneiro[38].

Outro ponto interessante da tributação ambiental e que também já é utilizado nos países nórdicos é a orientação para aumento da participação arrecadatória de tributos ambientais. Esse caminho, conforme Aydos[39], baseia-se na redução da carga tributária incidente sobre fatores tradicionais como o trabalho, capital e consumo, e no aumento da incidência sobre externalidades ambientais provenientes, principalmente, dos setores de energia e os resíduos. Logo, continua Aydos[40], uma reforma tributária ambiental proporciona um "duplo dividendo", permitindo, inclusive, a desoneração de outras fontes.

Observa-se que a tributação ambiental pode funcionar como um eficaz instrumento indutor de condutas que preservem um meio ambiente ecologicamente equilibrado voltado à um desenvolvimento sustentável. Ademais, não se pode descartar o seu caráter de fiscalidade, pois um tributo verde bem implementado e gerido é capaz de ampliar a arrecadação.

A tributação ambiental no Brasil

Neste capítulo, analisam-se, de forma geral, os limites e as possibilidades que os arranjos fiscais verdes se apresentam em nosso sistema. Depois, trata-se especificamente de duas experiências de tributação ambiental já aplicadas no Brasil: a CIDE-combustíveis e o ICMS ecológico. Optou-se por esses dois casos porque são exemplos interessantes de ferramentas fiscais ambientais implementadas no país que demonstram a tributação ambiental como um instrumento concretizador de um desenvolvimento sustentável.

A presença da centralidade dos direitos fundamentais, que abarca o meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição de 1988, permite a

---

37 *Ibid*., p. 108.
38 AYDOS, E. L. P., *op. cit*., p. 124.
39 *Ibid*., p. 125.
40 *Ibid*., p. 132.

utilização do direito tributário como importante instrumento de definição de políticas públicas ambientais. Nesse sentido, nota-se que a legislação brasileira autoriza a extrafiscalidade tributária e prevê a tutela ambiental como princípio ordenador da atividade econômica[41]. Explicam Bombo, Pedrini e Dantas que "A finalidade dos tributos ambientais consiste em: arrecadação de verbas que acarretarão ações de preservação do meio ambiente e promoção de condutas ecologicamente corretas"[42].

Apesar disso, ressalta-se a falta de uma normativa tributária objetiva e organizada que vise incentivar o desenvolvimento sustentável, uma vez que a estrutura legal sobre tributos verdes é estabelecida de forma dispersa e pouco coordenada na legislação. Em regra, essa é uma das principais críticas que se faz à matriz fiscal brasileira como um todo. Como se busca incluir ferramentas verdes na realidade fiscal, é "natural", afirma Montero[43], que muitos dos vícios dos tributos gerais afetem também os que têm um papel ecológico.

Ressalta-se que, apesar de ser ainda incipiente, o tema da introdução da variável ambiental no sistema tributário começou a ganhar espaço no âmbito político, econômico e jurídico. Esses debates culminaram na produção de algumas ferramentas fiscais relacionadas com a defesa do meio ambiente no país. São avanços tímidos quando comparados à realidade dos países nórdicos apresentada acima, por exemplo. Mas, não deixa de ser um progresso nessa pauta.

Essa inclusão de ferramentais ambientais em nosso sistema tributário se deu mais por meio de instrumentos essencialmente fiscais que extrafiscais. Por isso, adverte-se que a grande maioria dos tributos "verdes" existentes em nosso país responde a fins majoritariamente de arrecadação. O elemento ambiental é apresentado de maneira secundária. É um modelo predominantemente constituído de tributação ambiental lato sensu[44].

Outro ponto que precisa ser destacado na análise das possibilidades de tributação verde no Brasil é compreender as limitações normativas impostas para esse tema. A legislação nacional, principalmente pela Constituição Federal e pelo Código Tributário Nacional, determina as espécies tributárias possíveis e as regras a elas envolvidas. Aydos[45], ao analisar essa realidade, percebe que a utilização das taxas e contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE) são as que permitem uma maior finalidade protetora do ambiente.

O rigor das regras de competência para instituição de impostos e a proibição da vinculação de suas receitas limitam a utilização dessa espécie tributária para

---

41 TÔRRES, R. L., *op. cit.*, p. 155.
42 BOMBO, F. dos S.; PEDRINI, T. F.; DANTAS, M. B., *op. cit.*, p. 197.
43 MONTERO, C. E. P., *op. cit.*, p. 173.
44 AYDOS, E. L. P., *op. cit.*, p. 132.
45 *Ibid.*, p. 134.

fins ambientais, com exceção daqueles impostos cujo contorno constitucional prioriza a função extrafiscal ou por via indireta com a utilização de incentivos fiscais[46].

Oliveira[47] aponta para uma disfuncionalidade dos mecanismos extrafiscais ambientais diante de inconsistências entre a construção, a implementação e a avaliação das políticas públicas ambientais. O principal entrave é a falta de continuidade das políticas públicas em razão do componente político, responsável pela tomada de decisões que são voláteis e seguem os prazeres de cada representante eleito.

Ainda nesse tema, apesar das reformas tributárias implementadas no norte da Europa servirem de exemplo, é importante destacar que o uso de instrumentos fiscais para a proteção ambiental deverá responder a realidade ambiental, social, econômica e jurídica de cada país. Não existe um modelo tributário verde único pronto para ser utilizado por todos. Cada local apresenta especificidades que influenciam decisivamente nessas escolhas. A realidade brasileira apresenta demandas mais relacionadas a desmatamento, por exemplo.

Para Montero[48] o avanço brasileiro no campo da inclusão de tributação ambiental se deu pela inclusão de variáveis verdes nos tributos já existentes. Optamos, nesse artigo, em analisar dois casos dessa aplicação. O primeiro é a CIDE-combustíveis. O segundo exemplo escolhido foi o ICMS-ecológico.

A CIDE-combustíveis

A CIDE-combustíveis é um tributo extrafiscal, gerido pela União, que tem a função de intervir no domínio econômico e no meio ambiente, uma vez que sua cobrança serve tanto para (d)estimular atividades econômicas quanto para o financiamento de atividades englobadas pela intervenção, entre estas o financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás[49].

---

46 MONTERO, C. E. P., *op. cit.*, p. 173.

47 OLIVEIRA, N. A. de. *Instrumentos extrafiscais para políticas públicas ambientais no direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília, 144 f., 2019, p. 127.

48 MONTERO, C. E. P., *op. cit.*, p. 174.

49 A Lei n. 10.336 de 19/12/2001, que institui a Cide-Combustível: Art. 1º Fica instituída a contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível (CIDE), a que se refere os arts. 149 e 177 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 33, de 11 de dezembro de 2001. § 1º O produto da arrecadação da Cide será destinado, na forma da lei orçamentária, ao: I – pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo; II – financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e III – financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Todavia, esse "tributo verde" sofre algumas críticas pela sua baixa eficácia enquanto instrumento extrafiscal com fins ambientais. Uma das principais é que a receita destinada ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás sofre queda quando o governo baixa sua alíquota para fins de intervenção no preço dos combustíveis[50].

Na essência, o papel da CIDE-combustíveis é buscar a estabilidade dos preços por meio da neutralização das elevações ou reduções abruptas geradas pelas refinarias no preço dos combustíveis. Por isso, Montero[51] afirma que sua função ambiental é bastante reduzida. Em outras palavras, a CIDE-combustíveis é mais importante para a intervenção estatal no controle do preço dos combustíveis do que um instrumento destinado a consecução de políticas ambientais.

Além disso, o percentual da CIDE-combustíveis destinado ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás é considerado baixo. Enquanto 73% de sua arrecadação vão para a construção de infraestrutura de transportes, apenas 1% vai para o fomento de projetos ecológicos[52].

Outro problema que a CIDE-combustíveis apresenta é que sua alíquota não tem sido gerida para o desestímulo ao consumo de combustíveis fósseis. Alguns críticos, como Aydos[53], argumentam que, na verdade, a receita da CIDE-combustíveis tem destinações que podem ter impactos ambientais mais negativos que positivos, uma vez que ela financia programas de infraestrutura de transporte, como o recapeamento de estradas, o que estimula o uso de automóveis e caminhões movidos a combustíveis fósseis.

Desse modo, um tributo que teria fortes impactos no desenvolvimento de políticas públicas ambientais, acaba, na verdade, contribuindo para a degradação ao meio ambiente. Era para ser um importante instrumento de preservação ecológica, mas, devido à baixa porcentagem da sua arrecadação destinada às políticas públicas ambientais, é mais um tributo com finalidade simplesmente arrecadatória.

O ICMS Ecológico

O ICMS Ecológico surgiu no Estado Paraná, em 1991[54], e introduziu o critério ambiental na partição da cota de ICMS a que os municípios têm direito constitucionalmente[55]. Por meio dessa ferramenta, os Estados fornecem compen-

---

50 AYDOS, E. L. P., *op. cit.*, p. 185.
51 MONTERO, C. E. P., *op. cit.*, p. 254.
52 AYDOS, E. L. P., *op. cit.*, p. 186.
53 *Ibid.*, p. 187.
54 Com base na Lei Complementar n. 59/1991 do estado do Paraná.
55 Segundo o art. 158, parágrafo único, da Constituição Federal, do montante que do ICMS que devem ser repassados aos municípios, 75% devem ser distribuídos conforme critérios estabe-

sações financeiras aos municípios em função da existência de espaços ambientais protegidos em seus territórios.

Experiências avaliadas afirmam que o ICMS Ecológico é um instrumento inovador na conservação e na preservação ambiental e que gerou aumento da superfície de áreas protegidas. Atualmente, 18 dos 26 Estados brasileiros já adotam esse mecanismo, segundo a ONG The Nature Conservancy (TNC).

Além disso, ressalta-se que o ICMS Ecológico tem base no princípio do protetor-recebedor, que afirma que o agente público ou privado, que protege um bem natural em benefício da comunidade, deve receber uma compensação financeira como incentivo pelo serviço ambiental proporcionado. Explica Loureiro[56] que se trata de uma ideia oposta ao princípio usuário-pagador, que estabelece que o usuário de terminado recurso da natureza deve pagar por sua utilização.

Do ponto de vista da legislação tributária, apesar de a receita proveniente do ICMS Ecológico não ser direcionada a programas ambientais, uma vez que os impostos não podem ter a sua receita vinculada[57], esse imposto pode ser usado com sua finalidade extrafiscal. O motivo dessa compreensão é que se trata apenas de regulamentação de critérios legais estabelecidos para repasse de recursos a partir de programas de ações na área ambiental.

A proposta do ICMS Ecológico é induzir comportamentos dos contribuintes em preservar o meio ambiente em troca de uma diminuição do valor do imposto a pagar. Nesse caso, fica evidente o caráter extrafiscal desse tributo, tendo em vista que não tem por finalidade a arrecadação propriamente dita, e sim estimular um comportamento ecologicamente correto do contribuinte.

Desse modo, com a CIDE-combustíveis e o ICMS Ecológico buscou-se demonstrar que a tributação ambiental, tanto em seu caráter fiscal quanto extrafiscal, é um importante instrumento para a efetivação de políticas públicas dirigidas a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Não se pode deixar de consignar que ainda há muito espaço para o desenvolvimento e aprimoramento dos "tributos verdes" no Brasil, tanto no âmbito fiscal como no extrafiscal. As políticas públicas ainda são tímidas. Mesmo nos exemplos trazidos, da CIDE-combustíveis e do ICMS Ecológico, o aspecto ambiental fica relegado a um segundo plano.

---

lecidos na Constituição e 25% podem ser distribuídos segundo critérios estabelecidos conforme lei estadual. Essa oportunidade legal possibilitou a adoção de critérios ambientais na distribuição destes 25%.

56 LOUREIRO, Wilson. *Contribuição do ICMS Ecológico à Conservação da Biodiversidade no Estado do Paraná*. Tese (Doutorado em Engenharia Florestal) – Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 206 f., 2002, p. 101.

57 A Constituição Federal, em seu artigo 167, não admite a vinculação de receitas dos impostos.

CONCLUSÃO

No presente artigo, buscou-se compreender em que estágio está a implementação de ferramentais fiscais verdes no sistema tributário nacional e sua importância na efetivação de políticas públicas ambientais. Para isso, analisou-se como se fundamenta esse modelo teoricamente, quais as experiências bem-sucedidas no mundo e a realidade desse tema no Brasil, com foco nos limites e possibilidades que nossa legislação apresenta.

Inicialmente, tratou-se sobre as características e as limitações do Sistema Tributário Nacional. Nesse ponto, percebeu-se que a carga tributária nacional é essencialmente regressiva, pouco seletiva e pouco indutora de condutas ambientais. Também se constatou que ela onera mais trabalho e consumo que renda e patrimônio. Realidade que poderia ser mudada com a implementação de uma reforma tributária ambiental.

Em seguida, tratou-se sobre a teorização da tributação ambiental. Percebeu-se que os estudos do economista inglês Arthur Cecil Pigou são centrais para a compreensão do tema dos tributos verdes. Também se constatou que as contribuições pigouvianas são criticadas por Ronald Coase, que defende uma maior liberdade entre os sujeitos envolvidos nas externalidades ambientais como caminho para solução dos conflitos ambientais. Além disso, notou-se que dois temas são centrais para o estudo da tributação ambiental: o Princípio do Poluidor-Pagador (PPP) e o debate sobre fiscalidade e extrafiscalidade.

Ademais, percebeu-se que estruturação de uma matriz fiscal verde nacional ainda precisa avançar bastante, uma vez que a introdução de instrumentos tributários com finalidades ambientais no Brasil, de forma geral, é bem incipiente e que se utiliza a estrutura de tributos essencialmente fiscais para fins ambientais. O resultado disso é que não se estruturou uma matriz tributária nacional capaz de promover justiça social e políticas públicas ambientais sólidas.

Apesar desse entendimento de que se precisa avançar bastante no tema da tributação ambiental em nosso país, percebeu-se a presença de casos de tributos verdes no Brasil, como a CIDE-combustíveis e o ICMS ecológico. Instrumentos extrafiscais que, apesar de suas limitações, representam um grande avanço diante da realidade fiscal brasileira, demonstrando que a tributação ambiental pode ser um instrumento eficiente para políticas públicas que assegurem o desenvolvimento sustentável.

É necessário repensar as políticas públicas e a tributação ambiental. Observou-se que o direito tributário é um interessante instrumento que pode ser utilizado para estimular condutas dos contribuintes favoráveis à preservação e proteção do meio ambiente. Demanda-se, portanto, um pertinente diálogo entre o direito tributário e as políticas públicas ambientais conectado com os

valores constitucionais e como meio de concretização dos direitos fundamentais. É o tributo sendo utilizado para a efetivação de políticas públicas e direitos coletivos.

Percebeu-se também, no artigo, que a tributação ambiental é uma ferramenta central para uma possível eficiente e moderna reforma tributária no Brasil. Notou-se que somente se alcançarão os benefícios almejados pela sociedade e determinados no campo constitucional em relação ao meio ambiente equilibrado quando uma relevante regulamentação fiscal for implementada no sistema tributário nacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, P. H. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ANTUNES, P. B. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AYDOS, E. L. P. *Tributação ambiental no Brasil*: fundamentos e perspectivas. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2010.

BARBOSA, L. F. R. B. Reforma tributária e justiça social. *Reforma tributária.* Rio de Janeiro: Ipea, OAB/DF, 2018.

BOMBO, F. dos S.; PEDRINI, T. F.; DANTAS, M. B. Extrafiscalidade como instrumento para a obtenção de um meio ambiente sustentável. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, ed. especial, p. 185-204, 2019. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/conteudo/artigos/9d3ac03f631869ad9582ff7e3b31be88.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, out. 1960.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIEHL, Rodrigo Cristiano. A realização da justiça social em tempos de globalização: uma análise sobre a extrafiscalidade. *Revista Direito & Paz*, v. 2, n. 37, p. 96-116, dez. 2017. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/796>. Acesso em: 23 ago. 2019.

DOMINGUES, J. M. *Direito tributário e meio ambiente.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GASSEN, V.; SILVA, J. J. Matriz tributária, (in)justiça fiscal e objetivos do Estado brasileiro. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 28, n. 242, p. 701-720, 2016.

GERENT, J. A internalização das externalidades negativas ambientais: uma breve análise da relação jurídico-econômica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 40-63, out./dez. 2006.

GOBETTI, S.; ORAIR, R. *Progressividade Tributária:* a agenda esquecida. Brasília: Prêmio de Monografia em Finanças Públicas do Tesouro Nacional, 2015.

GUSMÃO, O. O. Proteção ambiental e tributação. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 14, n. 66, p. 113-148, jan./fev. 2006.

LOUREIRO, Wilson. *Contribuição do ICMS Ecológico à Conservação da Biodiversidade no Estado do Paraná*. Tese (Doutorado em Engenharia Florestal) – Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 206 f., 2002.

MONTERO, C. E. P. *Tributação ambiental:* reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTERO, C. E. P. Tributação ambiental no Brasil*:* reflexões para esverdear o Sistema Tributário Brasileiro. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 3, n. 3, 2015.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Avaliações de desempenho ambiental:* Brasil 2015. Brasil: OCDE, 2016. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40895/1/S1700018_pt.pdf>.

OLIVEIRA, N. A. de. *Instrumentos extrafiscais para políticas públicas ambientais no direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília, 144 f., 2019.

OLIVEIRA, T. S; VALIM, B. F. C. A. Tributação ambiental: a incorporação do meio ambiente na reforma do sistema tributário nacional. *Reforma tributária*. Rio de Janeiro: Ipea, OAB/DF, 2018.

PIGOU, A. C. *Essays in Economics*. London: Macmillan & Co., 1952.

PIGOU, A. C. *The Economics of Welfare*. 4. ed. London: Macmillan & Co., 1962.

SELL, C. L; HAMMARSTRÖN, F. B. O Estado democrático sob uma perspectiva do direito ambiental. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 2, p. 207-222, jul.-dez. 2015. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/fd2ae8220fe776ca5fff38613be253c5.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

SOUZA, J. F. V. de; SANOMIYA, B. R. Mínimo existencial ecológico e a judicialização das políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 381-407, dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1742>. Acesso em: 23 ago. 2019.

TÔRRES, R. L. *Valores e princípios no direito tributário ambiental. In*: TÔRRES, H. T. (org.). Direito tributário ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUPIASSU, L. V. da C. *Tributação ambiental:* a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito do meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ZOCKUN, M. H. *Equidade na tributação.* Texto para discussão n. 15. São Paulo: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), 2016.

Data de recebimento: 01/10/2020

Data de aprovação: 15/10/2020

UM DIÁLOGO (IM)POSSÍVEL: NIKLAS LUHMANN E A MODERNIDADE/COLONIALIDADE

A (IM)POSSIBLE DIALOGUE: NIKLAS LUHMANN AND MODERNITY/COLONIALITY

José Ribas Vieira[*]
Diogo Bacha e Silva[**]

**"Nós sabemos que quanto mais sabemos,
tanto maior é o não saber".
Rafaelle De Giorgi**

RESUMO

O presente artigo reflete sobre a possibilidade de observação da discussão teórica acerca da modernidade/colonialidade. É necessário inquirir, em primeiro lugar, se a própria teoria sistêmica de observação da sociedade seria uma teoria do norte e, portanto, possível de realizar um diálogo com o Sul. Acredita-se que há um diálogo que nunca acaba entre Norte e Sul. Através de um método dialético, propõe-se a analisar um diálogo entre a teoria dos sistemas de Luhmann e a discussão modernidade/colonialidade. Esse diálogo metafórico mostram as contradições e os paradoxos como condições de possibilidade para a abertura do próprio pensamento luhmmaniano. O resultado é a descoberta de uma nova observação de um novo subsistema social: o subsistema do conhecimento ou do saber.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas. Ecologia dos saberes. Colonialidade.

ABSTRACT

This article reflects on the possibility of observing the theoretical discussion about modernity/coloniality. It is necessary to inquire, firstly, whether

[*] Doutor e Mestre em Direito pela UFRJ. Pós-Doutorado pela Université Montpellier I. Professor-Associado da PUC/RJ. Professor Titular da UFRJ. Presidente da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiro – IAB. Pesquisador-Coordenador do OJB-UFRJ. E-mail: jribas@puc-rio.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7976161481295330.

[**] Doutor em Direito pela UFRJ. Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM. Professor e Advogado, Membro do OJB-FND/UFRJ. E-mail: diogobacha@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0134685542487401.

the systemic theory of observation of society itself would be a theory of the North and therefore possible to engage in dialogue with the South. It is believed that there is a dialogue that never ends between North and South. Through a dialectical method, it proposes to analyze a dialogue between Luhmann's systems theory and the modernity/coloniality discussion. This metaphorical dialogue shows contradictions and paradoxes as conditions of possibility for the opening of Luhmmanian thought itself. The result is the discovery of a new observation of a new social subsystem: the knowledge or knowledge subsystem.

Keywords: Systems theory. Ecology of knowledge. Coloniality.

INTRODUÇÃO

A biografia de um filósofo demonstra não só os problemas teóricos que o guiaram pela existência, mas também é um caminho aberto de possibilidade para a elucidação de problemas práticos e teóricos porvir. Nada mais justo do que reconhecer na sua vida a problematização de temas atuais e futuros e um fundamento seguro para as possíveis respostas.

Raffaele De Giorgi, nascido em 01 de setembro de 1947, professor de filosofia do direito da Faculdade de Direito da Universidade de Salento na Itália, dedicou décadas para problemas prementes de nossas sociedades. Sua proximidade afetiva com Niklas Luhmann e seu interesse acadêmico afim com o teórico alemão, fez com que aliasse uma profunda base teórica em teorias dos sistemas para compreender o risco em nossas sociedades.

Uma biografia marcada pela preocupação com o futuro de nossas sociedades e com a possibilidade do imprevisível, dos danos que poderiam ser evitados e que advêm do não saber. Um saber do não saber, para usarmos termos derridianos. Um saber que já não se sabe. Um não saber que se sabe.

Suas preocupações, portanto, eram em torno da complexidade da sociedade e como o Direito e o Estado pode lidar com os riscos. Em entrevista concedida no país para jornal de circulação nacional, Rafaelle De Giorgi demarca uma preocupação social importante que parece ser o problema jurídico da América Latina: "O sistema do direito não pode ser mais limitado no Estado, temos que inventar formas diferentes para que essa multidão possa se expressar, ter acesso"[1].

Para contribuirmos com o pensamento de Rafaelle De Giorgi resolvemos analisar dois de seus objetos de pesquisa e inquirir de qual forma podem dialogar com o intuito de superar as dicotomias epistemológicas. Em primeiro, e talvez sua principal preocupação teórica, o estudo da Teoria de Sistemas e a observação

[1] Entrevista dada em 10/01/2013, e disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/o-filosofo-do-nao-saber-7th9nbpgys33b19wynr7l7iz7.

da sociedade complexa. Depois, um de seus problemas práticos, a dimensão político-moderna da América Latina e a possibilidade de uma emancipação epistêmica da região.

Portanto, partimos dessa problemática central comum do autor. Como fornecer as condições de possibilidade epistemológicas necessárias para a construção de um pensamento sociológico que seja integrador, mas não excludente da realidade sócio-política da região latino-americana.

Em um método dialético, oferecemos um diálogo entre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e a discussão da modernidade/colonialidade para, então, realizar uma suprassunção, entendida em termos dialéticos hegelianos, como um novo momento de um diálogo entre saberes possibilitador da construção de uma transmodernidade.

Na primeira parte, buscamos demonstrar como o fato de que a teoria dos sistemas luhmanniana apresenta-se como uma relação paradoxal. O fato de ser universal e, portanto, imbuída da característica do Norte Global, é, contraditoriamente, sua condição de possibilidade para um diálogo com outros saberes.

Na segunda parte, reconstruímos a discussão do grupo modernidade/colonialidade e a sua busca por uma teoria e práxis decolonial. Assim, como ponto culminante de uma discussão pós-colonial de autores do Sul Global, a decolonialidade é um projeto de teoria/práxis que, a partir de uma suspeição epistêmica, busca denunciar a ferida colonial marcada nos seres que foram considerados inferiores e, a partir do resgate de alternativas ao pensamento moderno, superar a condição de violência, dominação e opressão próprias do projeto da colonialidade do poder.

Na última parte, exploramos um diálogo de Luhmann com o projeto modernidade/colonialidade de Walter Mignolo, Aníbal Quíjano e Enrique Dussel. A partir de Boaventura de Sousa Santos, sustentamos que tal diálogo, embora impossível no plano real, mas possível metaforicamente, abre novas perspectivas sociológicas que permitam a observação do conjunto social e impelem à novas práticas.

A inter-relação desses problemas não é encontrado nem em pesquisadores da Teoria dos Sistemas, nem mesmo em pensadores decoloniais. Há um silêncio ensurdecedor entre norte e sul pelo qual pretendemos romper e trazer à tona uma importante discussão de ecologia de saberes e do não saber, isto é, o saber que foi silenciado pela colonialidade eurocêntrica.

SERIA A TEORIA DOS SISTEMAS UMA REFLEXÃO DO NORTE?

Uma teoria só pode ser assim denominada se integrar o paradigma epistemológico-científico. A reflexão de Kant sobre o conhecimento científico é uma das vigas centrais para a consolidação do iluminismo e o estabelecimento de um pensamento a partir do Norte da linha abissal. Para o filósofo da Crítica da

Razão Pura, o conhecimento científico é definido a partir de proposições universais e necessárias. A partir de juízos sintéticos *a priori* pode-se ampliar o conhecimento de um objeto, fato que não ocorre por uma mera análise, e, ao mesmo tempo, expressar condições universais e necessárias[2]. Importa para Kant conceber os fundamentos dos juízos sintéticos *a priori* que significa a transcendentalização do sujeito. Transcendental é o sujeito que sente e pensa, ou melhor, é o sujeito com as leis da sua sensibilidade e do seu intelecto e suas próprias estruturas de sensibilidade e intelectualidade. Transcendental é a própria condição de possibilidade de conhecimento do objeto[3].

A filosofia transcendental de Kant baseada na razão como condição de possibilidade para o conhecimento desenvolveu os critérios científicos a partir do séc. XVIII. Além disso, propugnou a maturidade do conhecimento científico através do iluminismo. *Sapere aude*, eis a máxima do iluminismo e que concita os indivíduos a sair de sua menoridade científica.

Portanto, a menoridade do conhecimento humano só pode ser superada quando a humanidade se desfazer dos conhecimentos que não satisfaçam a razão teórica e que remetem a um retorno à caverna de Platão. É o uso público da razão livre individual que conduz ao *Aufklärung*[4]. Todo e qualquer saber que não satisfizessem as condições da razão teórica, isto é, que não contenham proposições universais e necessárias sobre um fenômeno, era colocado no campo do não saber. O transcendentalismo kantiano dissemina-se como a máxima pela qual se definem os conhecimentos entre científicos e o conhecimento vulgar, ou seja, aqueles que satisfazem a condição de verdade e aqueles que ficam no campo do mito, da magia, da ilusão e da crença.

A teoria do conhecimento kantiana é que está no centro do iluminismo, ou seja, um projeto epistemológico que funda e estrutura a distinção entre moderno e pré-moderno. Como explica Boaventura de Sousa Santos, o projeto moderno é de um pensamento abissal. Pensamento cartográfico que divide o mundo em duas linhas abissais: o norte e o sul. Esse projeto moderno implica na impossibilidade de coexistência de universos tão distintos no mesmo lado da linha. No campo do conhecimento, o pensamento abissal distingue entre o verdadeiro e o falso à ciência[5].

---

2 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 2. ed. Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes, 2013. Explicando Kant, ver: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 2003, v. II. p. 867.

3 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 2003, v. II. p.872-873.

4 KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo. *In: A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990.

5 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Novos Estudos Cebrap*, nov. 2007, n. 79. p. 92.

Deste modo, inexiste no Norte Global o conhecimento que não é científico, caracterizando-se pela invisibilidade, isto é, a exclusão do conhecimento que não satisfaça os critérios científicos, tendo como critérios a universabilidade e necessidade da proposição para aumentar o conhecimento de um objeto. Tudo o que não for conhecimento científico, encontra-se no pensamento alternativo da filosofia ou da religião: "Assim, a linha visível que separa a ciência de seus "outros" modernos está assente na linha abissal invisível que separa, de um lado, ciência, filosofia e teologia e, de outro, conhecimentos tornados incomensuráveis e incompreensíveis por não obedecerem nem aos critérios científicos de verdade nem aos critérios dos conhecimentos reconhecidos como alternativos da filosofia e da teologia"[6].

Faz sentido, portanto, inquirir se a teoria sistêmica de Luhmann é capaz de preencher os requisitos para ser tratada como um pensamento científico e, pois, do norte da linha abissal.

Niklas Luhmann constrói um projeto teórico ambicioso e inovador a partir da descoberta de uma crise teórica na sociologia. Em primeiro lugar, a crise da sociologia é ocasionada pelo método que até agora foi a base de sua construção. A análise empírica de dados, muito embora tenha dado um grande salto no estudo dos fatos sociais, não foi capaz de construir uma teoria específica para seu objeto. De outro lado, os trabalhos sociológicos que apenas fazem exegese de outros textos sociológicos levam ao mesmo problema. A pretensão de Luhmann é a construção de uma teoria universal da realidade social e que contemple a si mesma em uma relação autorreferencial e possa permitir a evolução através da decisão[7].

Parte-se da concepção de que a observação da sociedade como um todo deve ter um método preciso. Passando da observação sociológica da totalidade do mundo como totalidade da humanidade em que se coloca o homem no núcleo das observações, a teoria sistêmica de Luhmann parte da análise das comunicações e não dos homens ou dos fatos humanos[8]. A questão é que sua teoria parte da acepção de uma sociedade acêntrica, sem qualquer fundamento transcendental, desenvolvendo uma análise policêntrica e policontextural da sociedade. A sociedade é entendida em sua complexidade.

---

6 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Novos Estudos Cebrap*, nov. 2007, n. 79. p. 93.

7 LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 8.

8 LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 29. Este é o fator decisivo pelo qual Luhmann trata os direitos humanos como paradoxo: LUHMANN, Niklas. O Paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. *In: Themis*, Fortaleza, 2000, v. 3, n. 1, p. 153-161. Cf. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *A formação do conceito de direitos humanos.* Juruá: Curitiba, 2013.

A complexidade das sociedades contemporâneas está diametralmente ligada às contingências. Toda e qualquer experiência significa, ao mesmo tempo, que há outras possibilidades de realização e que é necessário assumir os riscos com uma seleção forçada[9]. Com clara influência das contribuições da ruptura científica com a ordem newtoniana e a adoção do princípio da incerteza de Heisenberg, a ordem surge da desordem, do caos[10].

A complexidade assume uma função coerente com seu pressuposto metodológico de observar o mundo. Para tanto, há necessidade de um observador de segunda: aquele que observa a complexidade do mundo. O mundo é a unidade de referência entre sistema/entorno. Ele não pode ser englobado no sistema porque não tem um entorno e também não pode ser entorno pois não pressupõe operações internas. A complexidade é a totalidade de comunicações que podem ocorrer no mundo, incompreensível pela consciência humana.

Como a consciência humana não é capaz de compreender a complexidade do mundo, os sistemas sociais assumem a tarefa de redução da complexidade. Os sistemas sociais se definem pela diferença de informação que, como diria Gregory Bateson na leitura de Luhmann, é a diferença que faz a diferença[11]. A questão principal para a diferenciação não são os objetos, mas as distinções.

A partir da concepção de forma de Spencer Brown, o importante é assinalar os limites e não as configurações dentro da operação sociológica. Assim, os sistemas sociais trabalham com distinções que levam em conta a *autopoiesis* do mesmo. Recuperando as lições do biológo Humberto Maturana, Luhmann estabelece que os sistemas autopoéticos são aqueles que por si mesmos produzem suas próprias estruturas e elementos, realizando uma distinção entre sistema e ambiente[12].

O sistema, então, opera do lado interno da forma, como fala Spencer Brown. Isso significa a clausura operativa do sistema. O sistema depende de sua própria organização para se constituir como sistema aberto, isto é, por mais que ele mesmo produza suas próprias comunicações, isto não afasta a existência do entorno. Determina-se o que é relevante e o que é indiferente para o sistema[13].

A relação entre sistema e entorno dar-se-á através dos acoplamentos estruturais. Em geral, o entorno pode provocar ruídos na comunicação com o sistema e faz com que este seja influenciado através dos acoplamentos estruturais. Há

---

9 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45-46.

10 LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

11 LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petropólis: Vozes, 2009. p. 83.

12 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 44-45.

13 LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petropólis: Vozes, 2009. p. 120.

comunicações que se realizam no entorno que são indiferentes e outras comunicações que são capazes de influírem nas comunicações internas. Aliás, o desenvolvimento estrutural do sistema só é possível por meio de acoplamentos estruturais e com as possibilidades de irritações canalizadas através dos mesmos[14].

Outro ponto de destaque para a teoria dos sistemas é a necessidade da observação de segunda ordem ou a operação da observação que observa si mesmo. Em um conceito simples, Luhmann esclarece que "o modo mais simples de abordar o conteúdo programático do conceito de observação de segunda ordem é pensar que se trata de uma observação que se realiza sobre um observador. A exigência do conceito consiste em delimitar que não se observa a pessoa enquanto tal, mas somente a forma pela qual ela observa"[15]. Com a operação da observação de segunda há uma diminuição drástica na complexidade, já que pode deixar de lado a totalidade do mundo e concentrar-se na observação daquilo que o outro observa.

A própria observação de segunda ordem é uma operação paradoxal na medida em que a dualidade de uma operação aparece como unidade. As diferenciações encontradas no mundo são contingentes e não necessárias[16]. Essa contingência trabalhada com Luhmann é que possibilita a complexidade e sua solução também contingente.

A racionalidade na teoria dos sistemas não significa uma racionalidade ontológica, mas uma racionalidade sistêmica. Só há racionalidade sistêmica na medida em que os aspectos do meio podem ser considerados pelo sistema. Se o sistema é autopoiético, operando uma diferença com o meio, com uma clausura operativa, então há uma indiferença em relação ao meio. Essa indiferença, no entanto, pode se tornar reversível fazendo com que aspectos do meio sejam considerados pelo sistema, como um paradoxo que oscila entre a indiferença e a reentrada de aspectos do meio pela irritação sistêmica[17].

De uma forma geral, a teoria sistêmica de Luhmann provoca uma ampla reviravolta na tradição teórica da sociologia. As pessoas e suas ações que antes eram o objeto de estudo da sociologia cedem lugar para a forma, a observação, a comunicação e a utilização do sentido. Desconstituindo a tradição de pensamento filosófico da metafísica e da ontologia, a unidade de algo só poderia ser realizada através de sua diferença. Por isso, a importância crucial não é relativa ao pensamento individual e das formas como a pessoas entendem determinados

---

14 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 88.

15 LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petropólis: Vozes, 2009. p. 168.

16 LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petropólis: Vozes, 2009. p. 177.

17 LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petropólis: Vozes, 2009. p. 199.

fatos, mas sim o aspecto principal para a teoria sistêmica é como as pessoas comunicam determinados fatos[18].

A comunicação, portanto, é a operação primária da sociedade, permitindo seja relevante socialmente apenas aquilo que se forma através da comunicação[19]. A própria sociedade é comunicação e que se produz autopoieticamente através de seus processos de operações que produzem mais comunicações a partir das distinções entre informação/emissão/entendimento. Cada subsistema social, portanto, opera dentro de suas próprias comunicações a partir de um código próprio que o define e, ao mesmo tempo, define seu entorno. Assim, por exemplo, o direito opera dentro do lícito/ilícito, para a política seria poder/não poder, divino/não divino no caso da religião etc.[20].

Uma teoria da sociedade, portanto, é a teoria de um sistema social omniabarcador que inclui a si mesmo como também os outros subsistemas sociais[21]. As análises da sociedade, assim, servem também como análise de todos os sistemas autopoieticos. Todos os subsistemas sociais não podem ser vistos senão dentro da sociedade, ou seja, os subsistemas sociais, direito, religião, ed mucação etc., são realizações da sociedade[22].

Ainda que os pressupostos metodológicos de Niklas Luhmann sejam de rompimento com os pressupostos epistemológicos da filosofia ontológica e metafísica, há uma pretensão de universalidade em sua obra, de tal forma que suas observações podem ser aplicadas em sociedades complexas.

Por ser um projeto universal, a teoria sistêmica de Luhmann permanece aferrada à uma epistemologia do Norte Global e não um pensamento crítico localizado. Mas, até mesmo paradoxalmente, é esse projeto omniabarcador que permite um diálogo com as demais teorias e pensamentos do Sul Global. Assim, essa sua contradição interna é sua condição de possibilidade para a reconstrução que aqui pretendemos realizar.

A COMUNICAÇÃO MODERNIDADE/COLONIALIDADE E O PENSAMENTO DECOLONIAL: OBSERVANDO O SUL

Ao final do século XX e início do século XXI, ocorre um intenso debate nas ciências sociais sob a pretensão de se constituir um movimento epistemológico próprio da América Latina. Em verdade, a discussão teórica é tributária do pen-

---

18 SIMIONI, Rafael L. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea* – Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 641

19 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

20 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Tradução de Javier Torres Nafarrete. Ciudad de Mexico: Herder, 2005.

21 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 55.

22 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 65.

samento pós-colonial. Por pensamento pós-colonial, pode-se entender basicamente dois sentidos: o primeiro é relacionado à formação de sociedades americanas, africanas e asiáticas independentes longe da exploração do imperialismo e neocoloniasmo realizada a partir de metade do século XX; em um segundo entendimento, o pós-colonialismo são contribuições teóricas realizadas por estudos culturais que criticam a modernidade, a partir de pensamentos crítico-reflexivos colocando em questão a diferença entre colonial e colonizado[23].

Em linhas gerais, o pensamento pós-colonial é formado por uma série de autores como Edward Said com *Orientalismo*, Franz Fannon e *Os Condenados da Terra*, Gayatri Spivak com sua obra *Pode o subalterno falar?,* que têm em comum a formulação de uma crítica ao monopólio cultural eurocêntrico e as consequentes subversões político-teóricas daí decorrentes. Toda essa linhagem de pensamento é herdeira da epistemologia francesa de Foucault, Deleuze, Derrida que colocam em questão o pensamento moderno, cada qual com sua especificidade de análise. Obras de autores como Homi Babbha, Stuart Hall e Paul Gilroy inserem também categorias como migração e diáspora enquanto dotadas de centralidade para a análise das sociedades colonizadas.

Em certo sentido, o pensamento pós-colonial pretende recolocar o subalterno/colonizado como centro da análise da filosofia, ciência social e artes, a partir de análises das subjetividades identitárias. Para tanto, há uma crítica ao que então se produziu teoricamente como pensamento ocidental, enquanto estudo cultural produzido por/pelos colonizadores.

Até então, as categorias de análise das ciências sociais e o padrão de comunicação, para dizer com Luhmann, eram o colonial e o processo de descolonização. Com as lições de Aníbal Quíjano, Sociológo Peruano, tem início um pensamento próprio latino-americano. Trabalhando junto com Immanuel Wallenstein, desde 1996, na *New York University*, Aníbal Quíjano fazia parte do grupo *Coloniality Working Group* em que se realizavam seminários e temas em torno da colonialidade[24]. Para Aníbal Quíjano, cuja influência é decisiva para a posterior contribuição das ciências sociais e a transformação da discussão, o eurocentrismo foi possibilitado pela colonialidade enquanto forma hegemônica de conhecimento que exclui os demais saberes e consolidação do sistema capitalista que permaneceu mesmo após a colonização[25]. Assim, forma-se um sistema global

---

[23] BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. Revista Brasileira de Ciência Política. Brasília. 2013 maio-agosto, n. 11. p. 90-91.

[24] CASTRO-GÓMEZ, Santiago, GROSFOGUEL, Ramón. Prólogo. *In:* CASTRO GÓMEZ, Santiago (org.). *El Giro decolonial:* Reflexiones para una diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global. Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2007. p. 9.

[25] QUÍJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In:* LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber:* eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-Americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 125.

que tem um centro eurocêntrico. Classifica-se o mundo moderno em civilizações distintas, nas quais o hemisfério norte, representados pelos Estados Unidos, Canadá, Europa e Austrália seriam parte do ocidente, enquanto que haveriam as civilizações da América Latina, África (mais especificamente a África ao sul do Saara), Islã, China, Hindu, Ortodoxa, Budista e Japonesa formariam o resto do mundo[26].

A modernidade, portanto, está estreitamente ligada à colonialidade do poder já que um não existe sem o outro. A colonialidade se manifesta como um controle efetuado para os âmbitos do poder, do ser e do saber[27].

O grupo da colonialidade realizava diversas reuniões durante os anos 2000. Em 2005, na cidade de Berkeley, na sexta reunião do grupo, os pesquisadores do grupo de trabalho juntamente com membros do projeto da Associação Caribenha de Filosofia chamado *Shifting the Geographies of Reason* discutiram, sob a liderança de Nelson Maldonado-Torres, o giro decolonial, cujo nome serviu de base para o livro *Mapping the decolonial turn*[28].

A decolonialidade é incorporada na comunicação modernidade/colonialidade como um suplemento. É bom lembrar que a decolonialidade como suplemento da modernidade/colonialidade bem toca a questão falada por Jacques Derrida de que o sentido não se realiza senão na sua própria diferença, ou seja, não há sentido em si, aparecendo apenas ao diferenciar[29]. Há como uma abertura de significações em que as palavras só encontram seu sentido no tecido da suplementariedade, isto é, em relações com si mesmas que é sempre diferida, aberta[30]. Portanto, é preciso buscar o sentido à margem daquilo que ficou centrado no pensamento logocêntrico que trabalha em termos binários. A decolonialidade é exatamente essa possibilidade, esse suplemento da modernidade/colonialidade.

Como explicado por Nelson Maldonado Torres, o giro decolonial têm características centrais a partir do dialogo realizado entre intelectuais da América

---

[26] MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. *In:* LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber:* urocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 45.

[27] BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. Revista Brasileira de Ciência Política. Brasília. 2013 maio-agosto, n. 11. p. 100.

[28] CASTRO-GÓMEZ, Santiago, GROSFOGUEL, Ramón. Prólogo. *In:* CASTRO GÓMEZ, Santiago (org.). *El Giro decolonial:* Reflexiones para una diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global. Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2007. Cf. MIGNOLO, Walter. El pensamento decolonial: desprendimento y apertura. *In:* CASTRO GÓMEZ, Santiago (org.). *El Giro descolonial:* Reflexiones para una diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global. Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2007.

[29] DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 73-76.

[30] DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995. p. 245.

Latina, Caribe e setores minoritários dos Estados Unidos, América Latina, Caribe e África. Além do giro linguístico-pragmático da filosofia, há um giro decolonial com características distintas que, na verdade, é uma oposição daquilo que pode ser chamado de giro colonizador do pensamento ocidental na qual são colocadas em evidência o capitalismo, o racismo, o patriarcalismo e a naturalização da morte na guerra étnica. O giro decolonial, portanto, tem um ceticismo e uma atitude epistêmica crítica de certas respostas que são formuladas pelo pensamento ocidental. Esse ceticismo e o criticismo epistêmico são levantados nos espaços como os estudos de gênero, de raça e feministas realizados em centros de pesquisa ocidentais, bem como em instituições diferentes como as Universidades indígenas, ativistas, pensadores independentes e artistas de todo o Sul Global[31].

O ponto de partida é que com o fim da colonização e a formação dos Estados-nação da periferia não houve a transformação da divisão de trabalho entre centro-periferia e também a hierarquização étnico-racial entre as nações, saindo-se de um colonialismo para uma colonialidade global[32]. As estruturas formadas no século XVI ainda têm um papel importante, sobretudo na produção do conhecimento e da forma com que se enxerga o mundo. Daí a necessidade de se incorporar a produção de conhecimento subalterno aos processos de produção de conhecimento[33].

A decolonialidade não é somente descolonização e independência, é algo mais profundo, como *aufheben*, a superação da ferida colonial e das consequências da modernidade. Um pensamento que se abre, vez que encoberto pela racionalidade moderna, do fechamento realizado pelo grego, latim e as línguas imperiais. Deve-se interpretar a abertura ao outro como desprendimento e abertura. Não é portas que se abrem à verdade como *Aletheia* buscada pelos gregos mas que se encerrava em si mesmo, mas a outros lugares: lugares da memória colonial. Verdade que não são o Ser, mas a colonialidade do Ser, a ferida colonial. O pensamento decolonial pressupõe a diferença colonial, isto é, a exterioridade de sentido criada pela interioridade de sentido. A totalização do sentido feita pelo Ocidente a partir do latim e do grego. É a abertura e a liberdade de pensamento e outras formas de vida; a limpeza da colonialidade do ser e

---

31 MALDONADO-TORRES, Nelson. Thinking through the Decolonial Turn: Post-continental Interventions in Theory, Philosophy, and Critique: An Introduction. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*. 2011, v. 1, p. 1.

32 CASTRO-GÓMEZ, Santiago, GROSFOGUEL, Ramón. Prólogo. *In:* CASTRO GÓMEZ, Santiago (org.). *El Giro decolonial:* Reflexiones para una diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global. Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2007. p. 13.

33 CASTRO-GÓMEZ, Santiago, GROSFOGUEL, Ramón. Prólogo. *In:* CASTRO GÓMEZ, Santiago (org.). *El Giro decolonial:* Reflexiones para una diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global. Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2007. p. 21.

do saber; o desprendimento da retórica da modernidade e do imaginário imperial ancorado na democracia. O pensamento decolonial tem como razão de ser e objeto a decolonialidade do poder[34].

Assim, a decolonialidade, diferente do pós-colonialismo, tem sua genealogia nas práticas epistêmicas imperiais, devendo realizar uma abertura e um desprendimento para se reintroduzir as genealogias perdidas e encobertas pelo planeta, mas que ofereçam alternativas epistêmicas na economia, no direito, nas subjetividades, na política[35]. A decolonidade – com ou sem hífen – marca a distinção entre o projeto modernidade/colonialidade do grupo com o processo de descolonização via libertação nacional durante a Guerra Fria[36]. É a realização da transmodernidade de Enrique Dussel com a pluriversalidade como universalidade. Desprendimento, abertura, de-linking, desobediência, vigilância e suspeição epistêmicas são estratégias para a decolonização, de-colonização ou descolonização epistemológica.

Há uma nova história escrita a partir de 2005 que se mantém ao devir, uma história em que o pensamento decolonial ganha centralidade na escrita do livro da humanidade.

UM DIÁLOGO INTERMITENTE: A TRANSMODERNIDADE EM PRÁTICA

Contra a violência e irracionalidade da modernidade, Enrique Dussel propõe pensar na transmodernidade. A partir de suas reflexões de uma filosofia da libertação em que expõe críticas contundentes ao projeto moderno enquanto projeto de encobrimento e violência do diferente[37], a transmodernidade aparece como alternativa para uma alteridade, capaz de romper com a dominação e a violência, como legitimação dos discursos dos excluídos, partindo desses para a construção de um paradigma de moderno e de diálogo[38]. A transmodernidade busca lançar luzes ao pensamento dos excluídos marcado por um pensamento/práxis que foge à lógica da modernidade e da violência, permitindo uma abertura a temas e alternativas até então encobertas pela filosofia.

---

34 MIGNOLO, Walter. El pensamento decolonial: desprendimento y apertura. *In:* CASTRO GÓMEZ, Santiago (org.). *El Giro descolonial:* Reflexiones para una diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global. Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2007. p. 29-30.

35 MIGNOLO, Walter. El pensamento decolonial: desprendimento y apertura. *In:* CASTRO GÓMEZ, Santiago (org.). *El Giro descolonial:* Reflexiones para una diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global. Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2007. p. 45.

36 BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. Revista Brasileira de Ciência Política. Brasília. 2013 maio-agosto, n. 11. p. 108.

37 DUSSEL, Enrique. *1492 – O encobrimento do outro:* a origem do 'mito da modernidade' – Conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

38 DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação.* Na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

Em virtude de seu falecimento no ano de 1998, Niklas Luhmann certamente não pôde manifestar expressamente sobre a discussão que surge apenas no início dos anos 2000. No entanto, isso não significa que, como um espectro, um fantasma, não possa Luhmann participar desse debate. Deve-se encarar o espectro de Luhmann como um "desaparecido na aparição como reaparição do desaparecido"[39].

Um diálogo impossível pela lógica, um diálogo entre um cadáver e um corpo animado, algo que, nos termos do idealismo platônico e toda a tradição filosófica posterior, teria sido denunciado como um crime ao pensamento logocêntrico. É exatamente essa impossibilidade que torna possível pensar Luhmann refletindo sobre a modernidade/colonialidade e a crítica do Sul. Um diálogo que ocorre entre a vida e a morte, portanto intermitente. Diálogo possível dentro da desconstrução que significa dentro do espaçamento, do traço, da rasura do pensamento.

A complexidade da sociedade de Luhmann é ela mesma aberta. Os subsistemas sociais se diferenciam apenas pela diferença de informação em que se produzem internamente. O projeto teórico apresentado por Luhmann em vida não se resume apenas às suas observações. Ele mesmo permite que outros observadores integrem seu projeto que, como visto, não apresenta uma sociedade hierarquizada. Ora, Luhmann mesmo pensava que os observadores deveriam ser observados. Observação de terceira ordem, portanto. Deve-se observar, portanto, a própria produção de conhecimento pelos observadores. Essa observação levaria a teoria dos sistemas de Luhmann para um diálogo com os estudos culturais.

Em um caminho genealógico que deve ser feito, essa observação nos conduziria pela discussão pós-moderna, pelos estudos culturais, pela filosofia da libertação e pela discussão modernidade/colonialidade. Aqui, nos importa, mais o possível diálogo com o grupo modernidade/colonialidade.

Pode-se, então, dizer que a discussão colonialidade/decolonialidade modifica o paradigma do pensamento, do saber e também do ser. Mas, talvez, a principal contribuição seria a de abrir o pensamento ocidental para novas perspectivas, fazendo com que se produza uma diferença no seio mesmo do pensamento moderno-ocidental. Evidentemente, algumas interpretações radicais da decolonialidade rejeitam a possibilidade que se faça um diálogo, que não seja apenas denuncia, entre o pensamento/práxis do Sul e do Norte. Acreditamos, no entanto, que a principal contribuição seja a de abrir essa fenda no pensamento fechado moderno-ocidental para novas perspectivas e práticas.

Por isso, é importante pensar que seria possível um diálogo entre a teoria dos sistemas e a discussão modernidade/colonialidade. Em verdade, a discussão

---

[39] DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 21.

modernidade/colonialidade impacta profundamente a teoria dos sistemas que se obriga a observar a discussão até então encoberta pela modernidade. Ora, cria-se um outro subsistema social que, até então, não teria sido descoberto por Luhmann. O subsistema social do conhecimento ou do saber cuja finalidade é observar as interpretações/operações do colonial/colonizado.

Poderíamos dizer, então, que há, a partir da discussão do grupo, um subsistema social do saber ou do conhecimento. O próprio pensamento luhmmaniano se abre e é obrigado/impelido a observar a libertação realizada pelos conhecimentos até então considerados subalternos do Sul.

Portanto, este subsistema social do conhecimento trabalharia com a comunicação colonialidade/decolonialidade. Pensamentos e operações que têm um vínculo com a filosofia moderna seriam pensamentos coloniais. Citamos, pois, os pensamentos que se pretendem universais e que colocam em seu centro a noção do Ser entendido como o homem, o cristão, o heterossexual, o branco e o europeu. Ou seja, o pensamento da Identidade que se volta a si mesmo. De outro lado, os pensamentos que advém dos seres subalternos como o africano, o latino-americano, o asiático, a mulher, o homossexual, transexual são pensamentos decoloniais. Pensamentos da diferença, da não identidade, do não saber moderno-eurocêntrico.

Portanto, há nesse diálogo impossível uma ecologia de saberes, como buscado por Boaventura de Sousa Santos, que se propõe como uma etapa emancipatória da violência e dominação do pensamento ocidental/moderno. O subsistema social do saber compreende todo o pensamento produzido na sociedade e pode observar o que nele se produz, permitindo um código de comunicação em que o próprio sistema autopoiético se produz com autonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O complexo pensamento de Luhmann certamente não excluiria a discussão modernidade/colonialidade produzida como superação da pós-modernidade e como crítica da modernidade. Muito embora por ironia do destino, Luhmann não pôde conhecer em vida a discussão, nossa contribuição é possibilitar um diálogo entre dois mundos: o mundo dos mortos e dos vivos. Dois mundos que são projetos teoricamente inacabados, mas que permitem uma inter-relação além do pensamento lógico eurocêntrico.

De fato, a observação da modernidade/colonialidade abriria ainda mais o já complexo pensamento luhmanniano para integrar outros projetos teóricos que foram colonizados, violentados, excluídos e silenciados por meio da modernidade enquanto projeto epistêmico-econômico de um poder colonial.

Ademais de ser um pensamento do Norte, a teoria dos sistemas não exclui a recepção de pensamento especificamente do Sul. A modernidade, ao contrário

do pensado pela teoria dos sistemas, não seria apenas complexidade, é melhor caracterizada pela violência, pelo encobrimento. No entanto, a própria teoria dos sistemas permite que se observe essa violência e, portanto, atue no sentido de construir uma transmodernidade na qual as conquistas modernas não sejam descartadas na construção de uma nova ordem.

Esse diálogo abre o próprio pensamento luhmmaniano para um novo subsistema social não observado pelo autor em vida. Esse novo subsistema social produz uma crítica autoreflexiva sobre sua própria teoria dos sistemas. Colocando os não saberes no meio do saber, permite que a teoria dos sistemas se descubra do Norte Global e, muitas vezes, auxiliadora de um projeto de dominação. Todavia, essa autodescoberta é condição de possibilidade para que deixe de ser uma teoria universal a partir dos pressupostos eurocêntricos.

REFERÊNCIAS

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*. Brasília. 2013 maio-agosto, n. 11. p. 89-117.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago, GROSFOGUEL, Ramón. Prólogo. *In:* CASTRO GÓMEZ, Santiago (org.). *El Giro decolonial:* Reflexiones para una diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global. Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2007.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.

DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*. Na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

DUSSEL, Enrique. *1492 – O encobrimento do outro:* a origem do 'mito da modernidade' – Conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 2. ed. Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes, 2013.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo. *In: A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990.

LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

LUHMANN, Niklas. O Paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. *In: Themis,* Fortaleza, 2000, v. 3, n. 1, p. 153-161.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Tradução de Javier Torres Nafarrete. Ciudad de Mexico: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petropólis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *A formação do conceito de direitos humanos.* Juruá: Curitiba, 2013.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Thinking through the Decolonial Turn: Post-continental Interventions in Theory, Philosophy, and Critique: An Introduction. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*. 2011, v. 1, p. 1-15.

MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. *In:* LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber:* eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-Americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

MIGNOLO, Walter. El pensamento decolonial: desprendimento y apertura. *In:* CASTRO GÓMEZ, Santiago (org.) *El Giro descolonial:* Reflexiones para una diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global. Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2007.

QUÍJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In:* LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber:* eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-Americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 2003, v. II.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Novos Estudos Cebrap,* nov. 2007, n. 79, p. 71-94.

SIMIONI, Rafael L. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea* – Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 641.

Data de recebimento: 01/10/2020

Data de aprovação: 12/01/2021

O IMPACTO DA PANDEMIA COVID-19 NOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

THE IMPACT OF THE COVID-19 PANDEMIC IN THE PORTUGUESE COURTS

Vânia Filipe Magalhães[*]

RESUMO

O presente artigo visa reflectir sobre o novo contexto do exercício da função jurisdicional, concretamente nos tribunais portugueses, decorrente da Pandemia Covid-19, e os desafios com que se debatem os juízes portugueses no tratamento de questões sensíveis como a restrição de direitos fundamentais.

Abordar-se-á a evolução do enquadramento jurídico emergente da Pandemia Covid-19, perpassando por uma breve referência à função dos Tribunais durante o estado de emergência, aflorando-se, igualmente, as medidas implementadas nos tribunais e os seus efeitos na justiça portuguesa bem como algumas questões jurídicas sensíveis emergentes das medidas implementadas para a prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença Covid-19.

Palavras-chave: Covid-19; Estado de Emergência; Tribunais; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the new context of the exercise of jurisdictional function, specifically in Portuguese courts, due to the Covid-19 Pandemic, as well as on the challenges that Portuguese judges face when dealing with sensitive issues such as the restriction of fundamental rights.

The evolution of the legal framework emerging from the Covid-19 Pandemic will be addressed, followed by a brief reference to the function of the Courts during the state of emergency. The measures implemented in the courts and their effects on Portuguese justice will be equally mentioned as well as some sensitive legal issues arising from the adopted measures towards the prevention, containment, mitigation and treatment of the epidemiological infection by SARS-CoV-2 and Covid-19 disease.
Keywords: Covid-19; State of Emergency; Courts; Fundamental Rights.

---

* Juíza de Direito em Portugal. Não escreve conforme o Acordo Ortográfico.

INTRÓITO

O mundo vivencia um período excepcional, decorrente da Pandemia Covid-19, que trouxe novos desafios à sociedade e às instituições que a regulam.

Neste artigo, procurar-se-á reflectir sobre o exercício da função jurisdicional no contexto da Pandemia Covid-19, em particular em Portugal, que se vê confrontada com novos desafios quer ao nível organizacional quer ao nível de questões jurídicas impostas pelas medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença Covid-19. Iniciar-se-á por uma breve uma resenha história acerca da evolução das medidas impostas em Portugal, para, seguidamente, se elencar as medidas concretas implementadas no sistema judicial português e as suas repercussões no modo de funcionamento dos tribunais e na justiça portuguesa em geral. Procurar-se-á, finalmente, abordar algumas das questões que, com maior acuidade, se colocam ao julgador no âmbito dos direitos fundamentais.

RESENHA DA EVOLUÇÃO DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DAS MEDIDAS IMPOSTAS PELA PANDEMIA COVID-19 EM PORTUGAL

A Organização Mundial de Saúde declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pela Covid-19 constitui uma situação de emergência de saúde pública de importância internacional, tendo, em 11 de março de 2020, caracterizado a mesma como uma pandemia.

Nessa sequência, foram adoptadas, progressivamente, medidas de combate ao contágio e propagação do vírus.

Em Portugal, foi publicado o Decreto-lei n. 10-A/2020, de 13 de março, que estabeleceu medidas excepcionais e temporárias de resposta à epidemia SARS-CoV-2, aplicando-se à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infecção epidemiológica por COVID-19, bem como à reposição da normalidade em sequência da mesma (artigo 1º, n. 1).

Atenta a emergência do combate à propagação e contágio do vírus, foi declarado o estado de emergência em Portugal entre 19 de março de 2020 a 2 de maio de 2020 (Decreto do Presidente da República n. 14-A/2020, de 18 de março, objecto de Resolução da Assembleia da República n. 15-A/2020, de 18 de março, e da Resolução de Conselho de Ministros aprovada por Decreto n. 2-A/2020 de 20 de março; Decreto do Presidente da República n. 17-A/2020, de 2 de abril, objecto de Resolução da Assembleia da República n. 22-A/2020, de 2 de abril e da Resolução de Conselho de Ministros aprovada por Decreto n. 2-B/2020 de 2 de abril; Decreto do Presidente da República n. 20-A/2020, de 16 de abril, objecto de Resolução da Assembleia da República n. 23-A/2020, de 16 de abril e da Resolução de Conselho de Ministros aprovada por Decreto n. 2-C/2020 de 17 de abril).

O estado de emergência está constitucionalmente consagrado no artigo 19º da Constituição da República Portuguesa, enquadrável na figura "*estado de excepção constitucional*"[1], regulado na Lei n. 44/86, de 30 de setembro (Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, doravante assim designado), o qual permite a suspensão do exercício dos direitos, liberdades e garantias, com respeito pelo princípio da proporcionalidade e devendo limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional, não podendo, em nenhum caso, afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (ns. 4 a 6 do artigo 19º da Constituição da República Portuguesa), conferindo às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional (n. 8 do artigo 19º da Constituição da República Portuguesa), restrito a agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, a grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou a calamidade pública se revistam de menor gravidade.

Em decorrência da declaração do estado de emergência foram parcialmente suspensos o exercício do direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, da propriedade e iniciativa económica privada, dos direitos dos trabalhadores, da circulação internacional, do direito de reunião e de manifestação, da liberdade de culto, na sua dimensão colectiva, do direito de resistência, da liberdade de aprender e ensinar e do direito à protecção de dados pessoais.

Entre 3 de maio de 2020 a 28 de junho de 2020, vigorou a situação de calamidade (Resolução de Conselho de Ministros n. 33-A/2020, de 30 de abril, em vigor entre 3 de maio de 2020 até 17 de maio de 2020, prorrogada por Resolução de Conselho de Ministros n. 38/2020, de 17 de maio, para o período entre 18 de maio de 2020 a 31 de maio de 2020, por Resolução de Conselho de Ministros n. 40-A/2020, de 29 de maio de 2020 para o período entre 1 junho de 2020 a 14 de junho de 2020, com especialidades para a área metropolitana de Lisboa aprovadas por Resolução do Conselho de Ministros n. 45-B/2020, de 22 de junho, e por Resolução de Conselho de Ministros n. 43-B/2020, de 12 de junho, para o período entre 15 de junho de 2020 a 28 de junho de 2020). Entre 29 de junho de 2020 a 14 de julho de 2020 e 15 de julho de 2020 a 31 de julho de 2020, vigoraram as situações de calamidade, contingência e alerta, divididas por áreas geográficas e com especial enfoque para a área metropolitana de Lisboa na qual vigorou quer o estado de calamidade quer de contingência, mantendo-se a situação de alerta

---

[1] CANOTILHO, Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 207º*, 4. ed. Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Volume I, p. 401-402.

para o demais território nacional (Resolução de Conselho de Ministros n. 51-A/2020, de 26 de junho, e a Resolução de Conselho de Ministros n. 53-A/2020, de 14 de julho). Entre 1 de agosto de 2020 e 14 de agosto de 2020, foi declarada a situação de contingência na Área Metropolitana de Lisboa e a situação de alerta em todo o território nacional (Resolução do Conselho de Ministros n. 55-A/2020, de 31 de julho). No período de 14 de agosto de 2020 a 31 de agosto de 2020 vigorou a situação de contingência na Área Metropolitana de Lisboa e a situação de alerta em todo o território nacional (Resolução do Conselho de Ministros n. 63-A/2020, de 14 de agosto).

As situações de alerta, de contingência e de calamidade estão previstas na Lei de Bases da Protecção Civil (Lei n. 27/2006, de 3 de julho), as quais se reportam a situações que têm implícita uma situação menos gravosa do que aquela que decorre da declaração do estado de emergência, visando adoptar medidas adequadas e proporcionais à necessidade de enfrentar graus crescentes de risco, e não consentem a suspensão de direitos fundamentais e visam. Foi estabelecido o regime contraordenacional, no âmbito da situação de calamidade, contingência e alerta, no Decreto-lei n. 28-B/2020, de 26 de junho.

Diversos constitucionalistas já se pronunciaram sobre a conformação constitucional de algumas das medidas impostas pelas situações de alerta, de contingência e de calamidade, suscitando sérias reservas quanto à respectiva constitucionalidade por comportarem restrições de direitos fundamentais apenas permitidos durante o estado de emergência[2].

Torna-se, assim, evidente a diversidade de regimes jurídicos vigentes em consequência da pandemia, com repercussões nos direitos fundamentais dos cidadãos cuja protecção e defesa recai sobre os tribunais como órgão de soberania constitucionalmente consagrado.

O FUNCIONAMENTO DOS TRIBUNAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19

Os tribunais sofreram profundas alterações no seu modo de funcionamento em consequência da Pandemia Covid-19.

Declarada a infecção Covid-19 como pandemia, o Conselho Superior da Magistratura (órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial – artigo 136º do Estatuto dos Magistrados Judiciais aprovado pela Lei n. 21/85, de 30 de julho), emitiu as Divulgações ns. 69/2020, de 11 de março, e 81/2020, de 20 de março, através das quais adoptou medidas excepcionais de gestão, concretamente que, nos Tribunais Judiciais de 1ª Instância, apenas se realizassem os actos processuais e

[2] Artigo publicado em https://sol.sapo.pt/artigo/701190/-devia-ser-decretado-estado-de-emerg-ncia-.

diligências nos quais estejam em causa direitos fundamentais, sem prejuízo da possibilidade de realização do demais serviço que pudesse ser assegurado remotamente (serviço urgente resultante do decretamento da situação de estado de emergência, todo o serviço urgente referido no artigo 36º n. 2 da Lei de Organização do Sistema Judiciário, as diligências processuais relativas a menores em risco ou tutelares educativos de natureza urgente, as diligências/julgamentos de arguidos detidos ou presos, ou indispensáveis a garantir a liberdade das pessoas, aí se incluindo o julgamento de arguidos privados da liberdade e mediante um juízo de proporcionalidade que tenha em linha de conta o tempo de privação da liberdade, os prazos de duração da medida de coacção aplicada e as necessidades de segurança sanitária, e as demais diligências ou actos processuais, de qualquer jurisdição, que os juízes entendessem dever ser realizadas nas quais possam estar em causa direitos fundamentais ou sejam destinadas a evitar dano irreparável).

Por sua vez, o Decreto-lei 10-A/2020, de 13 de março estabeleceu regras específicas quanto ao funcionamento dos tribunais e à prática de actos processuais.

Foi, igualmente, aprovada a Lei n. 1-A/2020, de 19 de março, que ratificou os efeitos do Decreto-lei n. 10-A/2020, de 13 de março, fazendo parte integrante da lei, com efeitos desde a data de produção de efeitos do referido decreto-lei (artigo 1º, alínea a), e artigo 2º), e que aprovou medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2, agente causador da doença Covid-19.

A norma mais relevante e com efeitos imediatos no modo de funcionamento dos tribunais é o artigo 7º relativo a prazos e diligências, o qual estabeleceu a aplicação do regime das férias judiciais aos actos processuais até à cessação da situação excepcional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença Covid-19.

A lei impôs, assim, que não se praticassem actos processuais durante a vigência daquela situação e que os actos em curso estavam suspensos, ressalvados os processos urgentes mas apenas nas situações a que alude o artigo nos seus números 8 e 9, ou seja, apenas era admitida, sempre que tecnicamente viável, a prática de quaisquer actos processuais e procedimentais através de meios de comunicação à distância adequados, designadamente por teleconferência ou videochamada (n. 8), actos esses que se restringem à produção de prova[3].

O n. 9, por sua vez, impôs a prática dos seguintes actos[4]: diligências processuais relativas a menores em risco ou a processos tutelares educativos de natureza

---

[3] MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *A Lei n. 1-A/2020, de 19 de março – uma primeira leitura e notas práticas, p. 10, março de 2020*. Publicado na revista JULGAR On-line, março de 2020: http://julgar.pt/a-lei-n-o-1-a2020-de-19-de-marco-uma-primeira-leitura-e-notas-praticas.

[4] MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. Op. cit. p. 11-12.

urgente; diligências e julgamentos de arguidos presos; os actos e diligências urgentes em que estejam em causa direitos fundamentais; os demais actos previstos na lei (artigo 6º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência) e aqueles que forem necessários para velar pela observância das normas constitucionais e legais que regem o estado de emergência.

O artigo 5º, n. 3, daquela lei, estabeleceu que a situação excepcional constitui igualmente causa de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os tipos de processos e procedimentos[5].

As acções de despejo, os procedimentos especiais de despejo e os processos para entrega de coisa imóvel arrendada, quando o arrendatário, por força da decisão judicial final a proferir, possa ser colocado em situação de fragilidade por falta de habitação própria, foram igualmente suspensos (artigo 7º, n. 10).

A Lei n. 1-A/2020, de 19 de março, foi alterada pela Lei n. 4-A/2020, de 6 de abril[6], que impôs a produção de efeitos a 9 de março de 2020 (artigo 5º daquela lei), e estabeleceu, no seu artigo 7º, n. 1, a suspensão dos actos processuais até à cessação da situação excepcional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SAR-CoV-2 e da doença Covid-19, com as excepções previstas nos ns. 5, 7 e 8 do mesmo artigo.

A suspensão dos actos não impediu a tramitação dos processos e a prática de actos presenciais e não presenciais não urgentes quando todas as partes entendessem ter condições para assegurar a sua prática através das plataformas informáticas que possibilitassem a sua realização por via electrónica ou através de meios de comunicação à distância adequados, designadamente teleconferência, videochamada ou outro equivalente e a que fosse proferida decisão final nos processos em relação aos quais o tribunal e demais entidades entendessem não ser necessária a realização de novas diligências (artigo 5º, n. 1, alíneas a) e b) da Lei n. 1-A/2020, de 19 de março).

Os processos urgentes, por sua vez, continuaram a ser tramitados, sem suspensão ou interrupção de prazos, actos ou diligências, privilegiando-se os meios de comunicação à distância adequados, designadamente teleconferência, videochamada ou outro equivalente, para a realização de diligências (artigo 7º,

---

5 No sentido de que esta causa de suspensão apenas se aplica aos factos praticados durante a vigência da lei, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 24.07.2020, no processo n. 128/16.5SXLSB.L1-5, disponível em www.dgsi.pt. Já no sentido da aplicação do regime mais favorável, afastando a aplicação da lei, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 21.07.2020, no processo n. 76/15.6SRLSB.L1-5, igualmente disponível em www.dgsi.pt.

6 Sobre o novo regime, MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *(Ainda a) Lei n. 1-A/2020, de 19 de março – uma segunda leitura*, publicada na revista JULGAR Online, abril de 2020: http://julgar.pt/ainda-a-lei-n-o-1-a2020-de-19-de-marco-uma-segunda-leitura.

n. 7, da Lei n. 1-A/2020, de 19 de março). Para efeitos deste regime, consideraram-se urgentes os processos e procedimentos para defesa dos direitos, liberdades e garantias lesados ou ameaçados de lesão por quaisquer providências inconstitucionais ou ilegais, referidas no artigo 6º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, o serviço urgente previsto no n. 1 do artigo 53º do Decreto-Lei n. 49/2014, de 27 de março e os processos, procedimentos, actos e diligências que se revelem necessários a evitar dano irreparável, designadamente os processos relativos a menores em risco ou a processos tutelares educativos de natureza urgente e as diligências e julgamentos de arguidos presos (artigo 7º, n. 8, da Lei n. 1-A/2020, de 19 de março).

A vigência da Lei n. 1-A/2020, de 19 de março, com a redacção introduzida pela Lei n. 4-B/2020, de 6 de abril, e pela Lei n. 14/2020, de 9 de maio, ou seja, entre 9 de março de 2020 e 2 de junho, teve um impacto relevante na justiça portuguesa, na medida em que restringiu a prática dos actos processuais aos processos urgentes, o que necessariamente implicou que fossem adiadas inúmeras diligências judiciais.

Apesar dos constrangimentos decorrentes da Pandemia Covid-19, nomeadamente a suspensão dos prazos processuais, o Conselho Superior da Magistratura concluiu que, entre o período de abril e maio de 2020, foram concluídos 181.977 processos, mais 6.849 do que os entrados no mesmo período[7], o que se deveu ao recurso dos meios de comunicação à distância, nomeadamente a utilização da plataforma VPN através da qual os juízes acedem ao sistema CITIUS (plataforma informática dos tribunais) remotamente, sem que tal implique a presença física no tribunal.

Para permitir a realização de diligências com salvaguarda do distanciamento exigido para evitar o contágio e propagação do vírus, foi disponibilizada uma plataforma para realização de diligências, denominada Webex, que permite a realização de diligências por videoconferências multiponto, com 3 (três) ou mais sistemas/intervenientes, exigindo apenas uma ligação à internet.

A Lei n. 1-A/2020, de 19 de março, foi, novamente, alterada pela Lei n. 16/2020, de 29 de maio[8], com entrada em vigor em 3 de junho de 2020 (artigo 10º), a qual determinou a retoma da prática dos actos suspensos até então, revogando o regime estabelecido pela anterior redacção da Lei n. 1-A/2020, de 19 de março, sem descartar, contudo, a realização de diligências através de meio de comunicação à distância.

---

7 Comunicado emitido pelo Conselho Superior da Magistratura em 15 de julho de 2020, disponível em www.csm.org.pt.

8 Acerca desta lei: MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *(De novo a) Lei n. 1-A/2020 – uma terceira leitura (talvez final?)*. Publicado na revista JULGAR On-line, maio de 2020: http://julgar.pt/de-novo-a-lei-n-o-1-a2020-uma-terceira-leitura-talvez-final/.

Tal significou que, a partir de 3 de junho de 2020, os tribunais retomaram a sua actividade normal, findando a suspensão dos prazos processuais em curso (ressalvadas as situações expressamente previstas na lei).

A retoma da actividade normal dos tribunais implicou um ajustamento no seu modo de funcionamento, ao nível organizacional e de gestão, por força das medidas impostas para prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença Covid-19. Quer as regras de ocupação, permanência, distanciamento físico e de higiene determinadas pela Direcção-Geral da Saúde (Orientação n. 10/2020, de 16 de março de 2020[9], Orientação n. 11/2020, de 17 de março de 2020[10] e Orientação n. 14/2020, de 23 de março de 2020[11]), necessárias para quebrar as cadeias de transmissão e para minimizar a transmissão da Pandemia Covid-19, quer o uso obrigatório de máscaras ou viseiras para o acesso e permanência nos serviços e edifícios de atendimento ao público, imposta no artigo 13º B do Decreto-lei n. 10-A/2020, de 13 de março (objecto de Orientação da Direcção Geral de Saúde n. 19/2020, de 3 de março de 2020[12]), implicou uma reorganização dos edifícios dos tribunais bem como a realização de diligências.

Nessa sequência, foram estabelecidas medidas para reduzir o risco de transmissão do vírus nos Tribunais, as quais resultaram da articulação estabelecida entre o Conselho Superior da Magistratura, o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a Procuradoria Geral da República e a Direcção Geral da Administração da Justiça e validadas pela Direcção Geral da Saúde[13]. Aí se estabeleceram regras de distanciamento social, nomeadamente na sala de audiências, o que necessariamente implicou um reajustamento da divisão das salas de audiência entre juízes, por não poderem ser utilizadas nos mesmos moldes até então delineados, bem como uma readaptação das diligências tendo em vista evitar a concentração de pessoas nos tribunais. É imposta a utilização obrigatória de máscaras ou viseiras nas diligências judiciais, não podendo ser dispensada mesmo que cumprido o distanciamento social determinado em conjunto pelas entidades mencionadas *supra*.

A realidade imposta pela Pandemia Covid-19 é um desafio com o qual os juízes se debatem diariamente na medida em que alterou a forma de trabalhar nos tribunais, devendo ser reajustada a realidade às condições existentes.

---

9 Disponível em https://covid19.min-saude.pt/wp-content/uploads/2020/03/i026011.pdf.

10 Disponível em https://covid19.min-saude.pt/wp-content/uploads/2020/03/i026012.pdf.

11 Disponível em https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/orientacoes-e-circulares-informativas/orientacao-n-0142020-de-21032020-pdf.aspx.

12 Disponível em https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/orientacoes-e-circulares-informativas/orientacao-n-0192020-de-03042020-pdf.aspx.

13 Consultável em https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2020/05/Medidas-para-redu%C3%A7%C3%A3o-do-risco-de-transmissao-do-virus-nos-Tribunais.pdf.

REFLEXÕES IMPOSTAS PELA PANDEMIA COVID-19

A função dos tribunais

Os tribunais são órgãos de soberania que administram a justiça em nome do povo, incumbindo-lhes assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados, com a coadjuvação das outras autoridades (artigo 202º, n. 1 a 3 da Constituição da República Portuguesa).

Durante a vigência do estado de emergência, incumbiu aos tribunais assegurar a todos os cidadãos o direito de acesso aos tribunais pelos cidadãos, de acordo com a lei geral, para defesa dos seus direitos, liberdades e garantias lesados ou ameaçados de lesão por quaisquer providências inconstitucionais ou ilegais (artigo 6º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência).

A intervenção dos tribunais quer durante a vigência do estado de emergência quer posteriormente é transversal nas várias áreas do direito, sendo de destacar, nesta sede, a defesa dos direitos fundamentais no âmbito do direito penal, evidenciando-se três das várias questões que se colocam ou colocaram durante e após o estado de emergência: a incriminação da violação dos deveres impostos pelo estado de emergência, concretamente o crime de desobediência; o estabelecimento de medidas de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça operada pela Lei n. 9/2020, de 10 de abril; a legalidade da imposição obrigatória de quarentena na região autónoma dos Açores a que se reporta o Acórdão do Tribunal Constitucional n. 403/2020, de 31 de julho de 2020[14].

O crime de desobediência durante a vigência do estado de emergência[15]

O Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência estabelece, no seu artigo 7º, que a violação do disposto na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou naquele regime, nomeadamente quanto à execução daquela, faz incorrer os respectivos autores em crime de desobediência.

As declarações de execução do estado de emergência estabeleceram, no artigo 3º, o dever de confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde ou no respectivo domicílio, para os doentes com Covid-19 e os infectados com SARS-Cov2 e os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância activa (Decreto

---

[14] Disponível em https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200424.html.

[15] Para mais desenvolvimentos ver o artigo *Reflexões sobre o crime de desobediência em Estado de Emergência*, publicado em 30 de março de 2020, na revista JULGAR On-line, março de 2020: http://julgar.pt/reflexoes-sobre-o-crime-de-desobediencia-em-estado-de-emergencia/.

n. 2-A/2020, de 20 de março, vigente entre 19 de março de 2020 a 2 de abril de 2020, Decreto n. 2-B/2020, de 2 de abril, do Decreto n. 2-C/2020 de 17 de abril, Decreto-lei n. 2-D/2020, de 30 de abril).

O artigo 4º das mesmas declarações estabeleceu um dever especial de protecção a que ficavam sujeitos os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos e os cidadãos imunodeprimidos e os portadores de doença crónica que devessem ser considerados de risco, designadamente os hipertensos, os diabéticos, os doentes cardiovasculares, os portadores de doença respiratória crónica e os doentes oncológicos, que só podiam circular em espaços e vias públicas, ou em espaços e vias privadas equiparadas a vias públicas, para os propósitos previstos nos ns. 2 e 3.

O dever geral de recolhimento domiciliário estava consagrado no artigo 5º das referidas declarações, para todos os cidadãos não abrangidos pelo disposto nos artigos 3º e 4º, que só podiam circular em espaços e vias públicas, ou em espaços e vias privadas equiparadas a vias públicas, para algum os propósitos previstos no n. 1.

A segunda e terceiras declarações do estado de emergência referiram expressamente a punição da desobediência para a violação das medidas impostas.

Por sua vez, o Decreto n. 2-B/2020, de 2 de abril, que executa a segunda renovação do estado de emergência, e o Decreto-lei n. 2-C/2020, 17 de abril, que executou a terceira e última renovação do estado de emergência, estabeleceram, nos seus artigos 43º, n. 1, alínea d), e 46º, n. 1, alínea d), respectivamente, que competia às forças e serviços de segurança e à polícia municipal fiscalizar o cumprimento das medidas, mediante a cominação e a participação por crime de desobediência, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n. 1 do artigo 348º do Código Penal, bem como do artigo 7º da Lei n. 44/86, de 30 de setembro, por violação do disposto nos artigos 6º, 9º a 11º do presente decreto, bem como do confinamento obrigatório, mantendo o regime anteriormente instituído.

A questão que se coloca aos tribunais é saber se o crime de desobediência é aplicável às infracções do dever especial de protecção, do dever geral de recolhimento domiciliário e demais deveres impostos aos cidadãos, atenta a ausência dessa previsão nos decretos que executam a declaração do estado de emergência.

O crime de desobediência está previsto no artigo 348º do Código Penal português, visando a protecção da autonomia intencional do Estado, pretendendo-se "*de uma forma particular, a não colocação de entraves à actividade administrativa por parte dos destinatários dos seus actos*"[16].

A alínea a) do n. 1 do referido preceito estabelece a punição do crime de desobediência quando uma lei cominar a punição com tal crime, como concretização

---

[16] MONTEIRO, Cristina Líbano. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 350.

do princípio da legalidade previsto no artigo 29º, ns. 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa e no artigo 1º, n. 1, do Código Penal, devendo o tipo legal de crime ser interpretado à luz este princípio, valorando-se, ainda, o contexto normativo em que se insere, a sua adequação histórica e a solução mais justa[17].

Recorrendo aos cânones interpretativos do direito penal, entende-se que o crime de desobediência a que se reporta o artigo 7º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência se enquadra na previsão típica da alínea a) do n. 1 do artigo 348º do Código Penal, na medida em que aquele preceito estabelece o crime de desobediência como consequência necessária da violação da lei e da respectiva execução, o que só pode querer significar que é aplicável a todas as violações das normas emanadas na Declaração do Estado de Emergência bem como nas resoluções de execução emitidas pelo Governo.

Pese embora se considere aplicável a alínea a) do n. 1 do artigo 348º do Código Penal por referência ao artigo 7º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, a alínea b) do n. 1 do artigo 348º do Código Penal comina com o crime de desobediência o desacato a obediência devida a ordem ou mandado legítimos regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente desde que façam a correspondente cominação[18]. Tal previsão legitima (embora não seja necessária face à previsão expressa na lei) que, qualquer força ou serviço de segurança pudesse emitir uma ordem legítima de acatamento dos deveres impostos pelas declarações do estado de emergência, com expressa cominação da prática do crime de desobediência.

No entanto, não pode o intérprete da norma, o seu destinatário e o aplicador, esquecer que podem existir situações cinzentas ou de fronteira que implicassem um reforço de clarificação das consequências do incumprimento das medidas.

Nesta sede, podem-se convocar três tipos de infracções: a) as infracções objectivas, nas quais se inserem a violação do dever de recolhimento obrigatório;

---

17 COSTA, Faria. *Construção e Interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 134º, n. 3933, Coimbra Editora, 2002, p. 354-366, particularmente as p.361 – 365.

18 Posição divergente é sufragada por OLIVEIRA, Alexandre Au-Yong, no seu artigo *O(s) crime(s) de desobediência no actual estado de emergência, em especial no domínio das restrições ao direito de deslocação e fixação*, publicado no E-Book Estado de Emergência – Covid-19. Implicações na Justiça, p. 431-451, consultável em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf.

Também sobre o mesmo tema: LEITE, André Lamas. *Desobediência em tempos de cólera: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade*. Publicado na revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/127649/2/404246.pdf.

Ver, igualmente, PINTO, Varão Pinto. *Do crime de desobediência por violação da obrigação de confinamento estabelecida pelo estado de emergência*, publicado na revista JULGAR On-line, julho de 2020: http://julgar.pt/do-crime-de-desobediencia-por-violacao-da-obrigacao-de-confinamento-estabelecida-pelo-estado-de-emergencia/.

b) as infracções ostensivas, nas quais se incluem, por exemplo, os cidadãos que, isola ou conjuntamente, vão adquirir bebidas alcoólicas a um determinado estabelecimento comercial aberto ao público e que, seguidamente, se mantêm na via pública a consumir as referidas bebidas alcoólicas, ou os cidadãos que se desloquem para gozo de férias para local diverso do seu domicílio, sendo evidente que não se enquadram nas actividades permitidas por lei; c) as infracções ditas intermédias nas quais se inserem as cláusulas abertas previstas nas resoluções do governo como, por exemplo, a deslocação de curta duração para efeitos de actividade física, a deslocação para acompanhamento de menores em deslocações de curta duração para efeitos de fruição de momentos ao ar livre e a deslocação de curta duração para efeitos de passeio de animais de companhia.

Nas últimas infracções, defende-se que se impunha, por parte das forças de segurança, um dever acrescido de clarificação da norma ao cidadão, reforçando o incumprimento dos deveres, com a cominação do crime de desobediência, momento a partir do qual o cidadão, efectivamente esclarecido sobre as consequências da sua conduta, se colocava no âmbito subjectivo da norma incriminatória, o que também seria relevante para determinar se estão ou não reunidas as condições para a detenção em flagrante delito.

Entre 19 de março de 2020 a 5 de agosto de 2020, os agentes de autoridade detiveram 535 pessoas por desobediência, a maioria durante o estado de emergência.

A lei do "perdão das penas"

A Pandemia Covid-19 impôs uma séria ponderação sobre a situação dos cidadãos privados da liberdade, o que emergiu da recomendação emitida pela Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em 25 de março de 2020, e da Recomendação da Provedora de Justiça n. 4-B/2020, de 26 de março de 2020.

Nessa sequência, foi aprovada, em Portugal, a Lei n. 9/2020, de 10 de abril.

A referida lei aprovou várias medidas, não aplicadas a condenados por crimes cometidos contra membro das forças policiais e de segurança, das forças armadas e funcionários e guardas dos serviços prisionais, no exercício das respectivas funções: perdão parcial de penas de prisão; regime especial de indulto das penas; regime extraordinário de licença de saída administrativa de reclusos condenados; antecipação extraordinária da colocação em liberdade condicional (artigo 1º).

Os pressupostos do perdão de penas de prisão estão previstos no artigo 2º da referida lei, estabelecendo os ns. 1 e 2 que são perdoadas as penas de prisão de reclusos condenados por decisão transitada em julgado, de duração igual ou inferior a dois anos, e também os períodos remanescentes das penas de prisão de reclusos condenados por decisão transitada em julgado, de duração superior à referida no número anterior, se o tempo que faltar para o seu cumprimento

integral for igual ou inferior a dois anos, e o recluso tiver cumprido, pelo menos, metade da pena, abrangendo a prisão subsidiária resultante da conversão da pena de multa e a execução da pena de prisão por não cumprimento da pena de multa de substituição e, em caso de cúmulo jurídico, incide sobre a pena única (n. 3).

Estão excluídos do perdão os condenados pelos crimes previstos no n. 6 do artigo 2º (crime de homicídio previsto nos artigos 131º, 132º e 133º do Código Penal, crime de violência doméstica e de maus tratos previstos, respectivamente, nos artigos 152º e 152º-A do Código Penal; crimes contra a liberdade pessoal, previstos no capítulo IV do título I do livro II do Código Penal; de crimes contra a liberdade sexual e autodeterminação sexual, previstos no capítulo V do título I do livro II do Código Penal; dos crimes previstos na alínea a) do n. 2 e no n. 3 do artigo 210º do Código Penal, ou previstos nessa alínea e nesse número em conjugação com o artigo 211º do mesmo Código; de crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, previstos no título III do livro II do Código Penal; dos crimes previstos nos artigos 272º, 273º e 274º do Código Penal, quando tenham sido cometidos com dolo; crime previsto no artigo 299º do Código Penal; crime previsto no artigo 368º-A do Código Penal; crimes previstos nos artigos 372º, 373º e 374º do Código Penal; dos crimes previstos nos artigos 21º, 22º e 28º do Decreto-Lei n. 15/93, de 22 de janeiro; crime enquanto membro das forças policiais e de segurança, das forças armadas ou funcionários e guardas dos serviços prisionais, no exercício das suas funções, envolvendo violação de direitos, liberdades e garantias pessoais dos cidadãos, independentemente da pena; crime enquanto titular de cargo político ou de alto cargo público, magistrado judicial ou do Ministério Público, no exercício de funções ou por causa delas; crimes previstos nos artigos 144º, 145º, n. 1, alínea c), e 147º do Código Penal).

O indulto está previsto no artigo 3º da referida lei, concedido a recluso que tenha 65 ou mais anos de idade à data da entrada em vigor da lei e seja portador de doença, física ou psíquica, ou de um grau de autonomia incompatível com a normal permanência em meio prisional, no contexto da pandemia.

O artigo 4º estabelece o regime da licença de saída administrativa extraordinária e o artigo 5º prevê a adaptação à liberdade condicional.

Por fim, é estabelecido no artigo 7º a obrigatoriedade de reexame dos pressupostos da prisão preventiva, sobretudo quando os arguidos estiverem em alguma das situações descritas no n. 1 do artigo 3º, de modo a reponderar a necessidade da medida[19].

---

[19] Acerca do reexame dos pressupostos da prisão preventiva: ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Nótula sobre o âmbito objectivo e subjectivo da obrigação de reexame dos pressupostos da prisão preventiva na L 9/2020, de 10 de abril*, publicado na revista JULGAR On-line, abril de 2020: http://julgar.pt/notula-sobre-o-ambito-objectivo-e-subjectivo-da-obrigacao-de-reexame-dos-pressupostos-da-prisao-preventiva-na-l-92020-de-10-de-abril.

A lei estabeleceu que, para a sua implementação, e durante o período em que a mesma vigorar, o Conselho Superior da Magistratura afecta aos tribunais de execução das penas os juízes necessários atenta a competência atribuída aos Tribunais de Execução de Penas (existentes em Portugal apenas em número correspondente a cinco).

A lei entrou em vigor no dia seguinte à publicação, correspondente a um sábado, no dia imediatamente anterior ao domingo de Páscoa, o que implicou um esforço acrescido dos Tribunais de Execução de Penas.

Para além do estudo prévio que implicou a lei, com dúvidas de diversa índole, nomeadamente sobre os sujeitos abrangidos pela mesma (se apenas os reclusos em cumprimento de pena ou também aqueles cujos mandados de detenção estivessem pendentes nos tribunais de condenação antes do ingresso no estabelecimento prisional[20]), os juízes confrontaram-se com a emergência da sua aplicação atenta a restrição do direito fundamental à liberdade que inaplicabilidade da lei em si mesmo encerra. Nessa sequência, foram mobilizados todos os esforços e no dia 11 de abril de 2020 a referida lei começou a ser executada, com a emissão de mandados de libertação para os reclusos que reunissem os pressupostos previstos na lei.

No último balanço efectuado a 20 de maio de 2020, registaram-se 1.285 mandados de libertação emitidos pelos Tribunais de Execução de Penas, tendo sido emitidos, até 4 de junho de 200, mais 11 mandados de libertação, assim num total de 1.296[21].

Até 27 de abril de 2020, o Presidente da República concedeu 14 indultos, dos 492 recebidos até àquela data.

A implantação das medidas permitiu salvaguardar a saúde dos reclusos e libertar espaço nas prisões, minimizando o impacto da Pandemia Covid-19 nas prisões portuguesas.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n. 403/2020, de 31 de julho de 2020: a privação da liberdade decorrente do confinamento obrigatório

Na região autónoma dos Açores foram estabelecidas medidas específicas para o arquipélago, emergentes da Pandemia Covid-19.

---

[20] Sobre esta e outras questões: BRANDÃO, Nuno. *A libertação de reclusos em tempos de COVID-19. Um primeiro olhar sobre a Lei n. 9/2020, de 10/4*, publicado na revista JULGAR On-line, abrilde2020:http://julgar.pt/a-libertacao-de-reclusos-em-tempos-de-covid-19-um-primeiro-olhar-sobre-a-lei-n-o-92020-de-104/.

[21] Comunicado emitido pelo Conselho Superior da Magistratura de 9 de junho de 2020, disponível em https://www.csm.org.pt/2020/06/09/balanco-da-aplicacao-de-lei-n-o-9-2020/.

Especificamente, para além das demais medidas, foi estabelecido o confinamento obrigatório através da Resolução do Conselho do Governo n. 77/2020, de 27 de março, a qual determinou que os passageiros que aterrassem na Região Autónoma dos Açores cumprissem, a partir da data da resolução, confinamento obrigatório, por 14 dias, em unidade hoteleira determinada para este efeito, nas ilhas de desembarque de São Miguel ou Terceira, independentemente da residência dos indivíduos, excepto nos casos de força maior, devidamente autorizados pela autoridade de saúde regional (pontos 1 e 2).

Foi, igualmente, publicada a Resolução do Conselho do Governo n. 123/2020 de 4 de maio que, nos seus pontos 3, alínea e) e 11, determinou que o confinamento obrigatório de não residentes, em unidades hoteleiras da Região, nos termos da Resolução n. 77/2020, de 27 de março, passava a ser, a partir das 00:00 horas do dia 8 de maio, integralmente custeado pelos próprios, mantendo as demais medidas.

Estas resoluções foram cumpridas até à revogação da Resolução do Conselho do Governo n. 77/2020, de 27 de março pela Resolução do Conselho do Governo n. 141/2020, de 18 de maio.

Decorrente de uma situação de confinamento obrigatório, imposta a cidadão residente na ilha de São Miguel que aterrou nesta ilha no dia 10 de maio de 2020, pelo mesmo foi requerida, junto do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada, a providência de *habeas corpus* a que alude o artigo 220º do Código de Processo Penal.

A decisão do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada foi no sentido de recusar a aplicação, por inconstitucionalidade, especificamente por violação do disposto nos artigos 1º, 13º, 18º, 20º, 27º, 165º, n. 1, alínea b), 225º, n. 3, 227º, n. 1, alínea b), e 228º da Constituição da República Portuguesa, dos artigos 9º, 10º 11º e 12º do Decreto Legislativo Regional n. 26/2019, de 22 de novembro, e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo n. 123/2020, de 4 de maio, também na parte em que remete para a Resolução do Conselho do Governo n. 77/2020, de 27 de março, nos termos das quais se impõe o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na Região Autónoma dos Açores, tendo concedido a providência de *habeas corpus* e ordenado a restituição do requerente à liberdade.

A decisão assentou, em primeiro lugar, num juízo de inconstitucionalidade formal orgânica, por entender que a matéria do confinamento obrigatório, porque contende com os direitos, liberdades e garantias, é da competência exclusiva da Assembleia da República, nos termos do artigo 165º, n. 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa.

Em segundo lugar, invocou argumentos de ordem material para recusar as normas por inconstitucionalidade, uma vez que a decisão de confinamento

obrigatório não cumpre o requisito de proporcionalidade na vertente de proibição do excesso a que alude o artigo 18º, n. 2, da Constituição da República Portuguesa.

Por fim, alicerçou a sua decisão na inexistência de um regime procedimental que permita a sindicabilidade da decisão de confinamento obrigatório.

Da decisão do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada foi interposto recurso para o Tribunal Constitucional, que o apreciou no Acórdão n. 403/2020, de 31 de julho, relatado pelo Senhor Conselheiro Teles Pereira.

Apesar de não ter conhecido do objecto do recurso relativamente às normas contidas nos artigos 9º, 10º 11º e 12º do Regime Jurídico do Sistema de Protecção Civil da Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n. 26/2019/A e nos pontos 5 e 6 da Resolução do Conselho do Governo n. 77/2020, decidiu julgar inconstitucionais as normas contidas nos pontos 1 a 4 e 7 da Resolução do Conselho do Governo n. 77/2020 e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo n. 123/2020, nos termos das quais se impõe o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na Região Autónoma dos Açores, por violação do disposto na alínea b) do n. 1 do artigo 165º, por referência ao artigo 27º, da Constituição da República Portuguesa, mantendo a decisão recorrida.

Entendeu o Tribunal Constitucional que a maior parte das restrições decorrentes do confinamento obrigatório "*corresponde, inequivocamente (e recuperando a classificação do Acórdão n. 479/94), a uma "privação total da liberdade". Assim se conclui, seja pela verificação de que a norma, "na sua máxima dimensão abstracta", implica que o visado "fica circunscrito [a um] espaço confinado […], de todo impedido de circular e de livremente se movimentar" (expressões do referido Acórdão), seja ao constatar, por comparação, que a execução de uma medida como a descrita em muito pouco [e, descontada a envolvência (um quarto de hotel) porventura mais "amigável", em nada de substancialmente significativo] se afasta do que resultaria da aplicação de uma (hipotética) pena curta de prisão, porventura até com aspectos mais gravosos (por exemplo, a falta de acesso a um espaço comum para exercício físico), seja até, por maioria de razão, face ao que se concluiu no citado Acórdão n. 479/94, no qual se qualificou como inequívoca privação da liberdade a circunscrição a um espaço confinado até 6 horas (quando no caso dos autos está em causa um período até 56 vezes superior a esse). Em suma, as normas sub judice prevêem medidas de privação da liberdade, de sinal contrário à previsão do artigo 27º, n. 2, da Constituição e ao direito à liberdade consagrado no n. 1 do mesmo artigo, na sua vertente de liberdade pessoal.*".

Nessa medida, concluiu que "*todas as normas disciplinadoras de um direito liberdade ou garantia carecem de uma autorização prévia da Assembleia da República, exigência que "[…] ganha particular relevância quando estão em causa compressões ou condicionamentos a um direito" (Acórdão n. 362/2011). Assim, verificando-se que as normas sub judice estabelecem medidas que privam da liberdade as*

pessoas por ela visadas, contra o previsto no artigo 27º da Constituição (supra, 2.2.3.), é evidente que a respetiva matéria se encontra abrangida pela reserva de competência legislativa prevista na alínea b) do n. 1 do artigo 165º da Constituição – competência que não foi concretamente delegada e só o poderia ser no Governo (e não no Governo Regional – cfr. artigos 227º, n. 1, alínea b), e 228º, n. 1, da Constituição)" e, nessa medida, manteve o juízo de inconstitucionalidade orgânica emitido pelo Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada.

Quer a decisão do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada quer o Acórdão do Tribunal Constitucional configuram um marco importante no estabelecimento dos limites que devem nortear a actuação dos governos na gestão da Pandemia Covid-19, sempre segundo critérios de legalidade estrita, com respeito aos princípios constitucionalmente consagrados, salvaguardando os direitos, liberdades e garantias que apenas podem ser restritos nos termos previstos na constituição.

NOTAS FINAIS

O presente artigo visou expor a realidade portuguesa emergente da Pandemia Covid-19 e a sua repercussão no sistema judicial português, ciente de que muitas outras questões se colocarão aos tribunais até que cesse a situação excepcional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença Covid-19.

Todas as reflexões que se entretecem no mundo jurídico serão sempre insuficientes para o tratamento da excepcionalidade que a Pandemia Covid-19 tem implícita, pela novidade que em si encerra e pelo desconhecimento do impacto que a mesma terá no futuro.

Torna-se, assim, necessário que os juízes, magistrados do ministério público, advogados, autoridades policiais e demais operadores judiciários estejam alertas e vigilantes sobre os vários instrumentos jurídicos vigentes durante a Pandemia Covid-19, cientes, é certo, de que o modo de funcionamento do sistema judicial não voltará a ser aquele que vigorou na era Pré-Covid-19, aguardando-se que a justiça, pese embora todos os constrangimentos decorrentes da pandemia, continue a ser o último reduto da salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos quando e se todo o sistema colapsar.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Nótula sobre o âmbito objectivo e subjectivo da obrigação de reexame dos pressupostos da prisão preventiva na L 9/2020, de 10 de abril*. Revista JULGAR On-line, abril de 2020.

BRANDÃO, Nuno. *A libertação de reclusos em tempos de COVID-19. Um primeiro olhar sobre a Lei n. 9/2020, de 10/4*. Revista JULGAR On-line, abril de 2020.

CANOTILHO, Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 207º*, 4. ed. Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, V. I.

COSTA, Faria. *Construção e Interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 134º, n. 3933, Coimbra Editora, 2002.

LEITE, André Lamas. *Desobediência em tempos de cólera: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

MAGALHÃES, Vânia Filipe. *Reflexões sobre o crime de desobediência em Estado de Emergência*. Revista JULGAR On-line, março de 2020.

MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *A Lei n. 1-A/2020, de 19 de março – uma primeira leitura e notas práticas*, p. 10, março de 2020. Revista JULGAR On-line, março de 2020.

MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *(Ainda a) Lei n. 1-A/2020, de 19 de março – uma segunda leitura*. Revista JULGAR On-line, abril de 2020.

MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *(De novo a) Lei n. 1-A/2020 – uma terceira leitura (talvez final?)*. Revista JULGAR On-line, maio de 2020.

MONTEIRO, Cristina Líbano. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, 2000, Tomo III.

OLIVEIRA, Alexandre Au-Yong. *O(s) crime(s) de desobediência no actual estado de emergência, em especial no domínio das restrições ao direito de deslocação e fixação*. E-Book Estado de Emergência – Covid-19. Implicações na Justiça (Centro de Estudos Judiciários).

PINTO, Varão Pinto. *Do crime de desobediência por violação da obrigação de confinamento estabelecida pelo estado de emergência*. Revista JULGAR On-line.