

38.2

INSS 2447-8709  
VOLUME 38.2 NÚMERO 1  
JULHO/DEZEMBRO DE 2022

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

FUNDADA EM 1984



**EXPEDIENTE DA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – V. 38, N. 2**

ISSN (impresso) n. 1516-4551

ISSN (eletrônico) n. 2447-8709

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

**Secretária:** Natália Carvalho Campos Azevedo.

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

**Editores associados:** Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza, Jéssica Yume Nagasaki, Larissa Faria de Souza, Maíra Ribeiro de Rezende, e Marcela Modesto Fermino.

**Conselho Editorial:**

Prof. Dr. Andrea Panzarola – Libera Università Mediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;  
Prof. Dr. António Castanheira Neves – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal;

Prof. Dr. José Ignacio Martínez Estay – Universidad de los Andes – Chile;

Prof. Dr. José Lebre de Freitas – Universidade Nova de Lisboa – Portugal;

Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal;

Prof. Dr. Rodrigo Andrés Pérez Lisicic – Universidad do Atacama – Chile;

Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal;

Prof<sup>a</sup>. Dra. Paula Costa e Silva – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal;

Dr. Luiz Inácio Lucena Adams – Advocacia Geral da União;

Prof. Dr. Fredie Didier Junior – UFBA;

Prof. Dr. Jessé José Freire de Souza – UFJF;

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS;

Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo – PUC – SP;

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho - UFPB;

Prof<sup>a</sup>. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola – UNISINOS;

Prof<sup>a</sup>. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP / PR;

Prof<sup>a</sup>. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha – UNISINOS;

Prof<sup>a</sup>. Dra. Samyra Haydê e Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE;

Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB;

Prof<sup>a</sup>. Dra. Cidália Maria da Mota Lopes – Coimbra Business School – ISCAC;

Prof. Dr. João Carlos Relvão Caetano – Universidade Aberta – Portugal.

**Pareceristas atuantes:**

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira

Adriano da Silva Ribeiro

Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci	Homero Chiaraba Gouveia
André Faustino	Isabelle Dias Carneiro Santos
Anna Paula Bagetti Zeifert	Jadir Pires de Borba
Carolina Ellwanger	José Antônio Siqueira Lopes
Cildo Giolo Junior	Júlio Moraes Oliveira
Ciro Cardoso	Luã Nogueira Jung
Cláudia Ribeiro Pereira Nunes	Lucira Monteiro
Claudio Lopes	Marcelo Lauer Leite
Cristian Kiefer da Silva	Marlene de Paula Pereira
Cynthia Pereira de Araújo	Maurício da Cunha Savino Filó
Cyro José Jacometti Silva	Pedro Pulzatto Peruzzo
Davi Augusto Santana de Lilis	Rainer Bomfim
Doacir Gonçalves de Quadros	Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira
Elias Jacob de Menezes Neto	Raphael Rego Borges Ribeiro
Fábio Periandro de Almeida Hirsch	Rodrigo Wasem Galia
Fernando César Costa Xavier	Tiago Janini
Fernando Tonet Silva	Walkiria Martinez Heinrich Ferrer
Geraldo Magalhães Vezzosi	Wânia Guimarães Rabêllo Almeida
Henrique Weil Afonso	

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

**Linha editorial:** Constitucionalismo e Democracia.

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

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

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

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

**Correspondência:** Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, comentários aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser feita através do site: <https://revista.fds.edu.br/index.php/revistafds/index>, ou através do e-mail: revista@fds.edu.br, ou, ainda, através do endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000.

**Normas para a submissão:** Disponíveis em:  
<https://revista.fds.edu.br/index.php/revistafds/about/submissions>.

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

**Diretor:** Leonardo de Oliveira Rezende

**Fundador:** Evaristo Toledo

**Coordenador Financeiro:** Luiz Otávio de Oliveira Rezende

**Coordenador de Graduação:** Elias Kallás Filho

**Coordenador Científico e de Pós-Graduação:** Rafael Lazzarotto Simioni



ISSN 1516-4551  
e-ISSN 2447-8709

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

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito  
do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito –  
Pouso Alegre, MG, v. 38, n. 2 (jul./dez. 2022)

Semestral 2008

ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

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

CDD 340.05

## EDITORIAL

### A TENSÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA

Com a Constituição da República prestes a completar 34 anos, às vésperas de um processo eleitoral, e diante de um cenário político de crise democrática, é necessário um esforço interpretativo quanto ao que foi constituído politicamente para a sociedade brasileira sob a expressão de “constituição”<sup>1</sup>, e qual o papel exercido (e a ser exercido) pela democracia e pelo direito nesse cenário, a partir das concepções adotadas em 1988.

A primeira ideia, quando se fala em democracia, é a de governo da maioria. Não obstante, apesar do voto majoritário ser considerado pedra fundamental no sistema da democracia representativa, o mesmo não é suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura a igualdade política. Ou seja, o procedimento, o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores e, não necessariamente, o bem-comum ou o interesse de todos<sup>2</sup>. Nesse processo, o debate e o diálogo ficam prejudicados, tornando-se coadjuvantes de um processo em que, originalmente, são protagonistas.

Por esta razão, nos Estados Constitucionais atuais, o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias, geralmente elevados à categoria de direitos fundamentais, já que o pluralismo e as minorias se fazem presentes, e todos, absolutamente todos, devem ser protegidos. E é aí que está uma das tensões entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição.

Segundo proposto por Robert Dahl, há várias formas de entender a democracia, sendo possível vê-la como um ideal a ser buscado e usado para avaliar sistemas políticos, além de criar estratégias de democratização de instituições e políticas públicas, e como um governo que realmente existe na prática<sup>3</sup>. Nesse sentido, é possível questionar o que foi construído, em termos do desenvolvimento e da realização do projeto constituinte, do compromisso com o pluralismo social e cultural, com a democracia e com a justiça social, com o Estado de Direito e com os direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Faz-se aqui referência ao texto de ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta. *Direito, Estado e Sociedade*. [S.l.], Ahead of Print, n. XX, mês/mês. 2020. p. 2.

<sup>2</sup> ERIKSEN, Erik Oddvar. *Democratic or jurist made law? On the claim to correctness*, ARENA – Centre for European Studies, University of Oslo, Working Papers WP 04/07, 2004. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/5014573\\_Democratic\\_or\\_Jurist\\_Made\\_Law\\_On\\_the\\_Claim\\_to\\_Correctness](https://www.researchgate.net/publication/5014573_Democratic_or_Jurist_Made_Law_On_the_Claim_to_Correctness). Acesso em 20 set. 2022.

<sup>3</sup> DAHL, Robert A. A Democratic Paradox? *Political Science Quarterly*. [S.l.], v. 115, issue 1, p. 35-40, 2000. DOI: <https://doi.org/10.2307/2658032>. Acesso em 26 nov. 2021.

Enfim, nesses anos, nós devemos criticamente nos perguntar qual é o Brasil que nós constituímos<sup>4</sup>, não como um projeto revolucionário – embora, como afirmam Assis e Figueiredo (2021), a Constituição de 1988 seja constantemente tratada como um ponto de ruptura com a ditadura militar vivenciada pelo Brasil –, mas como uma “amarração de certas estruturas num aparente desenho novo e promotor”<sup>5</sup>.

Neste contexto, apresentamos a Edição 38(2) da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, que conta com 20 artigos escritos por pesquisadores nacionais e internacionais, de áreas e temáticas diversas, cujos textos estabelecem intersecções críticas com a democracia e com o constitucionalismo, e nos ajudam a revisitar os discursos de direitos, as estruturas constitucionais e os clamores democráticos e políticos.

Logo no primeiro artigo já se depara com uma pesquisa empírica qualitativa, em que os autores do texto **A ADI 4.439/2010 sobre o ensino religioso: análise dos equívocos e desconhecimentos** buscaram em documentos e no voto do Ministro Alexandre de Moraes uma análise dos problemas desta decisão do STF, considerando os dispositivos legais, as mudanças nos componentes curriculares relativos ao ensino da religião nas escolas e a laicidade brasileira.

No artigo **A guetização do trabalho feminino: entre a esfera reprodutiva e a terceirização**, os autores trouxeram uma problematização necessária sobre a marginalização do trabalho feminino na sociedade brasileira, sob questionamentos sobre a posição da mulher na sociedade brasileira e a divisão sexual do trabalho, na hipótese de que há casos em que o trabalho feminino acaba por ser precarizado.

Uma das questões em constitucionalismo e democracia que sonda a pesquisa acadêmica e sempre é alvo de debates é sobre os limites da interpretação constitucionalmente adequada em um Estado Democrático de Direito. É neste sentido que o artigo **A legitimidade do STF na interpretação constitucional no Estado Democrático de Direito** apresenta uma reflexão quanto à função do STF em revisar as leis, enquanto intérprete da constituição.

Por vezes, para compreender o direito, é necessário voltar à história, pois é nela que se encontra as motivações para diversas decisões que são realizadas ao longo do tempo, principalmente na área da administração pública. Foi assim que o artigo **A reforma administrativa brasileira de 1967 e o autoritarismo da ditadura civil-militar: o que a democracia tem a dizer** levantou a hipótese de que ainda há resquícios do período ditatorial no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo.

Falando em democracia, qual o limite do Estado em interferir na vida sexual privada de seus cidadãos? O artigo **A regulamentação da sexualidade pelo Estado: entre moralidades e direitos fundamentais** faz este questionamento, com a premissa

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o sentido performativo do projeto constituinte do estado democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. [S.l.], v. 41, n. 47, jan./jun. 2007. p. 9. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35927>. Acesso em 20 ago. 2022.

<sup>5</sup> ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta. *Direito, Estado e Sociedade*. [S.l.], Ahead of Print, n. XX, mês/mês. 2020. p. 21.

que a intervenção do Estado na vida sexual/sexualidade dos indivíduos somente pode ocorrer para proteger os direitos sexuais em casos de violação (ou ameaça) ou discriminação por causa da sexualidade.

Muito se aborda no âmbito jurídico a problemática da função social das empresas, e o artigo **Compliance supranacional como instrumento para a promoção da função social da empresa** apresenta uma perspectiva que busca a efetivação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Dessa forma, empresas transnacionais podem agir em conformidade com este princípio, havendo uma solidificação dos tratados internacionais.

O artigo **Comunidade ecológica do parque dos cataventos – um exemplo de pluralismo jurídico?** realizou uma análise muito interessante em relação às condutas ecológicas seguidas pela Comunidade do Parque dos Cataventos, posicionada no Rio Grande do Sul. A pesquisa foi desenvolvida sobre um estudo das fontes primárias (nas ações civis públicas) e secundárias (quanto ao pluralismo jurídico).

Nos sistemas jurídicos das sociedades ocidentais, o direito à propriedade faz parte do rol de garantias fundamentais do cidadão, e no Brasil a dinâmica é a mesma. A regulamentação das propriedades, no entanto, deve ser tratada de maneira interdisciplinar, buscando prever as mais diversas situações, e o artigo **Direito constitucional ao recebimento de herança e o ITCMD: contribuições jurídicas de políticas públicas tributárias** objetiva apresentar contribuições sobre o assunto.

Em uma análise mais voltada à matéria de Teoria Geral do Estado, o artigo **Excesso, técnica e exceção: notas críticas ao conceito de estado de direito** traça considerações sobre o conceito de Estado de Direito, na ideia de que a técnica constituída pela atuação estatal na forma de direito garante, em seu conteúdo político, as noções de igualdade, autogoverno e de renúncia ao uso direto da força.

É fato que a política possui o dever de regulamentar a vida das pessoas, e, para que isso seja possível, é necessário um vasto conhecimento técnico. No entanto, somente a técnica basta? É no sentido de responder a esta pergunta que o artigo **Fraternidade e saúde pública no Brasil: os discursos dos ministros de saúde** apresenta a ideia de que, para promover políticas públicas relacionadas à saúde, é necessário que o responsável por isso tenha um discurso fraternal, em uma análise dos discursos dos Ministros da Saúde que aturam no período de 1990-2022.

No artigo **Hipervulnerabilidade e interseccionalidades: uma análise sobre a violência contra a mulher na Amazônia**, considerando que as mulheres da Amazônia são mais vulneráveis (tanto no sentido material quanto moralmente), principalmente por causa dos estigmas gerados pelo processo de colonização que ocorreu na região. Sendo assim, as autoras e o autor objetivam corroborar esta afirmação através dos resultados de uma pesquisa bibliográfica e documental.

A liberdade de expressão é um assunto que está em alta nos últimos tempos. No entanto, é muito importante tratar deste com a devida sensibilidade, e é essa a proposta do artigo **Liberdade de expressão, discurso de ódio e teoria do direito: comentários**

a partir da teoria da interpretação de Stanley Fish, em que os autores buscam atingir o propósito de conectar a interpretação de Stanley Fish sobre os termos liberdade de expressão e discurso de ódio, em conformidade com o panorama da comunidade dos intérpretes.

Quanto ao tema que abrange jurisdição consensual, o artigo **Pluralismo jurídico e a jurisdição consensual** apresenta uma nova possibilidade de aplicação, tendo em vista a sua utilização em uma vertente comunitária e participativa, baseada no pluralismo jurídico. Há um contraponto na ideia de que a única fonte de direito e pacificação social não é a jurisdição estatal, sendo os meios de autocomposição passíveis de relações plurais.

A constituição federal, ao deliberar sobre as relações econômicas, estabelece que os miros e pequenos empresários devem ser favorecidos. Dessa forma, o artigo **Regularidade fiscal diferida das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações como forma de justiça e de concreção de direitos sociais** objetiva apresentar a premissa de que este favorecimento deve ocorrer também nos processos licitatórios, em uma quebra de isonomia.

Ainda na toada de direito de empresa, o décimo quinto artigo da edição, cujo título é **Requerimento de falência pela fazenda pública e o princípio da preservação da empresa**, busca demonstrar as divergências da aplicação da jurisprudência do princípio da preservação da empresa e a previsão legal do pleito falimentar pela Fazenda Pública, levando em consideração aspectos como a preservação social da empresa.

Problemáticas ligadas ao sistema prisional são presentes nos debates do direito brasileiro há tempos, sempre na procura de soluções para poder solucionar estas questões. Assim, o artigo **Sistema prisional brasileiro e a educação como instrumento de ressocialização do preso** apresenta a educação como direito humano e parte de um conjunto de processos para a ressocialização da pessoa que está incluída no cárcere.

Com a evolução tecnológica, o direito deve se atentar ao máximo para os problemas relacionados à proteção dos direitos fundamentais para que esta não seja desenvolvida em desfavor da humanidade. Em um estudo de caso, o artigo **Tecnologia de reconhecimento facial como política de segurança pública: o caso do metrô de São Paulo**, em que os autores declaram inconstitucional a utilização do reconhecimento facial nos transportes públicos.

No âmbito do direito trabalhista, a edição conta com o artigo **Uberização: uma análise a partir da reestruturação do capitalismo em David Harvey**, que, em uma crítica ao sistema capitalista, mostra as suas novas formas ao utilizar da superexploração do trabalhador, burlando o compromisso fordista. O texto é fundamentado na perspectiva de Harvey em relação às consequências da acumulação flexível.

Na seção dos convidados, o artigo **A emergência do copyright na Inglaterra do século XVIII**, fundamentado na perspectiva genealógica de Michel Foucault, faz considerações sobre as legislações modernas, a exemplo do *Statute of Anne*, de 1710, que

tratam sobre o *copyright*. A premissa seguida pelo autor é que não se pode tratar como simplesmente a consagração de um direito natural o direito moderno de autor.

Por fim, o artigo **The “statehood” of the holy see and the civil jurisdictional immunity: the judgement of the Europeans court of human rights** discorre sobre a inovação no julgamento pela acusação de abuso sexual realizada por trinta e nove pessoas de diferentes nacionalidades contra a Santa Sé, em que há a acusação de alguns representantes da Igreja Católica.

Boa leitura e boas reflexões!

*Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza*  
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

*Marcela Modesto Fermino*  
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

*Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis*  
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)



## SUMÁRIO / CONTENTS

<b>Editorial .....</b>	<b>III</b>
<b>A ADI 4.439/2010 sobre o ensino religioso: análise dos equívocos e desconhecimentos .....</b>	<b>1</b>
<i>ADI 4.439/2010 on religious education: analysis of misunderstandings and unknowledges</i> Andressa Martins e Silva • Paulo Agostinho Nogueira Baptista	
<b>A guetização do trabalho feminino: entre a esfera reprodutiva e a terceirização .....</b>	<b>20</b>
<i>The guetization of female work: between the reproductive sphere and outsourcing</i> Maria Cecília Máximo Teodoro • Rainer Bomfim	
<b>A legitimidade do STF na interpretação constitucional no Estado Democrático de Direito .....</b>	<b>38</b>
<i>The legitimacy of the STF in constitutional interpretation in the Democratic State of Law</i> Wiliam Roque Borges • Doacir Gonçalves de Quadros	
<b>A reforma administrativa brasileira de 1967 e o autoritarismo da ditadura civil militar: o que a democracia tem a dizer .....</b>	<b>56</b>
<i>Standard Theory and the Federal Supreme Court: case study</i> Flávio Quinaud Pedron • Fábio Lopes Rodrigues	
<b>A regulamentação da sexualidade pelo Estado: entre moralidades e direitos fundamentais .....</b>	<b>74</b>
<i>Regulation of sexuality by the State: between moralities and fundamental rights</i> Carla Bertoncini • Elisângela Padilha • Mariana Ponciano Ribeiro Rennó	
<b>Compliance supranacional como instrumento para a promoção da função social da empresa .....</b>	<b>86</b>
<i>Supranacional compliance as a device for the promotion of the company social function</i> Luciana de Aboim Machado • Yuri Matheus Araújo Matos • Amanda Inês Moraes Sampaio	
<b>Comunidade ecológica do Parque dos Cataventos – um exemplo de pluralismo jurídico? .....</b>	<b>102</b>
<i>Ecological Community of Parque dos Cataventos – an example of legal pluralism?</i> Gessiel Pinheiro de Paiva • Felipe Kern Moreira	
<b>Direito constitucional ao recebimento de herança e o ITCMD: contribuições jurídicas de políticas públicas tributárias .....</b>	<b>118</b>
<i>Constitutional right to receive in heritage and ITCMD: legal contributions of public tax policies</i> Hugo Thamir Rodrigues • Marli Daniel	

<b>Excesso, técnica e exceção:</b>	
<b>notas críticas ao conceito de Estado de Direito .....</b>	<b>135</b>
<i>Excess, technique and exception: critical notes on the concept of rule of law</i>	
Macell Cunha Leitão	
<b>Fraternidade e saúde pública no Brasil:</b>	
<b>os discursos dos ministros de saúde .....</b>	<b>153</b>
<i>Fraternity and public health in Brazil: the speeches of the ministers of health</i>	
Gabrielle Scola Dutra • Charlise Paula Colet Gimenez • Sandra Regina Martini	
<b>Hipervulnerabilidade e interseccionalidades:</b>	
<b>uma análise sobre a violência contra a mulher na Amazônia .....</b>	<b>173</b>
<i>Hipervulnerability and intersectionalities: an analysis on the gender violence in the Amazon</i>	
Adriana Lo Presti Mendonça • Danielle de Ouro Mamed • Roger Luiz Paz de Almeida	
<b>Liberdade de expressão, discurso de ódio e Teoria do Direito:</b>	
<b>comentários a partir da teoria da interpretação de Stanley Fish .....</b>	<b>193</b>
<i>Freedom of speech, hate speech and legal theory: remarks from Stanley Fish's interpretation theory</i>	
George Browne Rego • Leonardo Monteiro Crespo de Almeida	
<b>Pluralismo jurídico e a jurisdição consensual .....</b>	<b>211</b>
<i>Legal pluralism and consensual jurisdiction</i>	
Gisele Gutierrez de Oliveira Albuquerque • Lídia Maria Ribas	
<b>Regularidade fiscal diferida das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações como forma de justiça e de concreção de direitos sociais .....</b>	<b>231</b>
<i>Deferred tax regularity of microcompanies and small companies in bidding as a form of justice and concretion of social rights</i>	
Carlos Eduardo Montes Netto • Danilo Henrique Nunes • Laura Charallo Grisolia Elias	
<b>Requerimento de falência pela Fazenda Pública e o princípio da preservação da empresa .....</b>	<b>247</b>
<i>Application for bankruptcy by the public farmer and the principle of company preservation</i>	
Adriano Luiz Batista Messias • Fabiana Del Padre Tomé • Caio César Alvares Loro Netto	
<b>Sistema prisional brasileiro e a educação como instrumento de ressocialização do preso .....</b>	<b>265</b>
<i>Brazilian prison system and education as an instrument for the resocialization of the prisoner</i>	
Pablo Jimenez Serrano • Rafael Pinto dos Santos • Stanley Frota da Silva	
<b>Tecnologia de reconhecimento facial como políticas de segurança pública: o caso do metrô de São Paulo .....</b>	<b>279</b>
<i>Facial recognition technology as a public security policy: the case of the São Paulo subway</i>	
Denis Cortiz da Silva • Gianfranco Faggin Mastro Andréa • Wagner Wilson Deiró Gundim	

<b>Uberização: uma análise a partir da reestruturação do capitalismo em David Harvey .....</b>	<b>299</b>
<i>Uberization: an analysis from David Harvey's restructuring of capitalism</i> Bruno Almeida de Sousa • Vinícius Pinheiro Marques	
<b>A emergência do copyright na Inglaterra do século XVIII .....</b>	<b>319</b>
<i>The emergence of copyright in Eighteenth-Century England</i> Marco Antônio Sousa Alves	
<b>The “statehood” of the holy see and the civil jurisdictional immunity: the judgement of the European court of Human Rights ... ..</b>	<b>335</b>
<i>O “Estado” da Santa Sé e a imunidade jurisdicional civil: a sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos</i> Giorgia Alemanno	

## A ADI 4.439/2010 SOBRE O ENSINO RELIGIOSO: ANÁLISE DOS EQUÍVOCOS E DESCONHECIMENTOS

### ADI 4.439/2010 ON RELIGIOUS EDUCATION: ANALYSIS OF MISUNDERSTANDINGS AND UNKNOWLEDGE

*Andressa Martins e Silva\**  
*Paulo Agostinho Nogueira Baptista\*\**

#### RESUMO

O Ensino Religioso foi incluído na Base Nacional Comum Curricular – BNCC em 2017. Com o Decreto 7.107/2010, sobre o Acordo Brasil-Santa Sé, especialmente seu art. 11, produziu-se a ADI 4439/2010. A ação foi julgada improcedente. Os ministros, seguindo a posição de Alexandre de Moraes, entenderam que a disciplina pode ter natureza confessional nas escolas públicas. Nesse contexto, o presente artigo objetiva analisar os problemas dessa posição do STF, a laicidade brasileira, os dispositivos legais, como o art. 210 da Constituição Federal e o art. 33 da Lei 9394/1996, bem como as mudanças nesse componente curricular a partir de 1974. A metodologia utilizada é qualitativa, através de análise bibliográfica, de documentos, especialmente o voto do Ministro. Pode-se concluir que o voto está calcado em equívocos de compreensão e desconhecimento do componente curricular, da sua legislação, da história do Ensino Religioso, fundamentado em conceitos teológicos, que identificam a disciplina como catequização.

Palavras-chave: Ensino Religioso; ADI 4.439; Base Nacional Comum Curricular; STF; Laicidade.

#### ABSTRACT

Religious Education was included in the National Common Curricular Base – BNCC in 2017. With Decree 7.107/2010, on the Brazil-Holy See Agreement, especially its art. 11, ADI 4439/2010 was produced. The action was dismissed. The ministers, following the position of Alexandre de Moraes, understood that the discipline may have a confessional nature in public schools. In this context, this article aims to analyze the problems of this position of the STF, the Brazilian secularism, the legal provisions, such as art. 210 of the Federal Constitution and art. 33 of Law 9394/1996, as well as the changes in this curricular component since 1974. The methodology used is qualitative, through bibliographic analysis, of documents, especially the vote of the Minister. It can be concluded that the vote is based on misunderstandings of understanding and ignorance of the curricular component, its legislation, the history of Religious Education, based on theological concepts, which identify the discipline as catechization.

Key-words: Religious Education; ADI 4.439; National Common Curriculum Base; STF; Secularism.

\* Advogada. Bacharel em Direito (PUC Minas). Mestranda em Ciências da Religião (PUC Minas – Belo Horizonte). Áreas de Interesse: Cultura Religiosa; Ensino Religioso; Educação; Espaço Público; Laicidade; Política; Secularização. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7764688724085291>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2778-9676>. E-mail: [dessamartinsilva@gmail.com](mailto:dessamartinsilva@gmail.com).

\*\* Professor e pesquisador do PPG em Ciências da Religião da PUC Minas – Belo Horizonte. Doutor e Mestre em Ciências da Religião (UFJF). Áreas de Interesse: Cultura Religiosa; Ensino Religioso; Educação; Teologia do pluralismo religioso; Teologia da libertação; Paradigma ecológico; Juventude; e a obra de Leonardo Boff. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1525566795982842>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6586-9573>. E-mail: [pagostin@gmail.com](mailto:pagostin@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

Por conta das discussões em torno do art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN nº 9.394/96 e do art. 11, §1º do Acordo Brasil-Santa Sé – Decreto nº 7107/2010, a Procuradoria-Geral da República – PGR, realizou em 2010 o pedido de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.439/2010 ao Supremo Tribunal Federal – STF. A tese defendida foi de que esse art. 11 daria margem à possibilidade de interpretar a previsão constitucional de oferta do Ensino Religioso (art. 210, §1º da Constituição Federal de 1988) nas modalidades confessional e/ou interconfessional, ferindo a laicidade do Estado.

A PGR requisitou que os dispositivos da referida LDBEN e do Acordo Brasil-Santa Sé fossem interpretados conforme a Constituição Federal vigente. Este pedido foi feito para assentar que o Ensino Religioso escolar – ERE, não pode ser vinculado a uma religião específica, por conta do princípio da laicidade brasileira.

Apesar do posicionamento majoritário das entidades da audiência pública (*amicus curiae*) em 2015, defendendo a procedência da ação, em 27 de setembro de 2017, a ADI foi julgada como improcedente pelos ministros do STF. Consequente, em 15 de dezembro de 2017, o Conselho Nacional de Educação – CNE divulga o parecer nº 15/2017 a respeito da definição da Base Nacional Comum Curricular – BNCC, incluindo pela primeira vez o Ensino Religioso como componente curricular, parecer homologado pelo MEC em 20 de dezembro de 2017.

A partir da publicação do Acórdão da ADI 4.439/2010, que só ocorreu em 22 de junho de 2018, da decisão foi tomada em 27 de setembro de 2017, vê-se explícito o contraponto existente entre o grupo de favoráveis ao pedido da PGR, à frente o relator, o ministro Luís Roberto Barroso, e, por outro lado, o grupo de contrários, encabeçado pelo primeiro voto, do ministro Alexandre de Moraes.

Em especial, nota-se a posição do ministro Alexandre de Moraes contrário a um Ensino Religioso não-confessional, definindo-o como uma disciplina que não se confunde com nenhuma outra, nem mesmo com as Ciências da Religião, arguindo ser baseado, fundamentalmente, em “dogmas de fé”, próprios da disciplina. Eis então o motivo de não existir, para ele, uma neutralidade no Ensino Religioso.

O objetivo do artigo é demonstrar que a decisão do STF apresenta equívocos e desconhecimento do componente curricular Ensino Religioso, uma visão limitada da legislação e os problemas de interpretação do princípio da laicidade.

O tema será abordado em uma perspectiva qualitativa, posto que a pesquisa é bibliográfica, tomando como referência as concepções sobre o componente curricular Ensino Religioso, a legislação e o voto do Ministro Alexandre de Moraes<sup>1</sup>. Inicia-se situando o componente curricular e a mudança de paradigma em sua identidade, que

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...] Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017, p. 437. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/10/ADI-4439-DF-Ementa-e-Relat%C3%B3rio-1.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

houve há mais de 40 anos, e que se tornou fundamento da sua inserção na BNCC em 2017<sup>2</sup>. Depois, faz-se a discussão do voto do Ministro Alexandre de Moraes, cotejando a legislação e os equívocos e desconhecimentos identificados. Por fim, busca-se mostrar a situação atual do ERE e demonstrar o problema criado pela decisão do SFT ao considerar improcedente a ADI 4439/2010.

A partir de uma análise crítica de todos os documentos será possível interpretar e demonstrar os problemas da decisão tomada.

### **A mudança de paradigma do ensino religioso**

A Constituição Federal de 1988 – CRFB/88 (art. 210, §1º)<sup>3</sup> e a LDBEN nº 9.394/96<sup>4</sup> (art. 33, revogado pela Lei nº 9.475/97) definem os princípios norteadores do ERE nas escolas públicas, o qual tem o papel de formação básica do cidadão, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa, sem proselitismo.

A Resolução do CNE/CEB nº 04/2010<sup>5</sup> e a Resolução da CNE/CEB nº 07/2010<sup>6</sup> reconheceram, por sua vez, o ERE como uma das cinco áreas de conhecimento do Ensino Fundamental de nove anos.

Entretanto, é somente através da Resolução do CNE/CEB nº 15/2017<sup>7</sup> que o ERE é incluído pela primeira vez na base curricular nacional, oferecendo uma orientação para esse componente curricular no ensino fundamental, considerando ainda como área do conhecimento específica até 2019<sup>8</sup>, juntamente com Linguagens, Matemática, Ciências da Natureza, Ciências Humanas. Com isso, a disciplina ganha sua cidadania curricular.

Até então não havia uma diretriz a ser seguida pelos professores nas aulas de ER, aprovada pelo Ministério da Educação – MEC, o que resultou na abertura de vários

---

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. *Base nacional comum curricular*. Brasília, DF: MEC, 2018. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/#/site/inicio>. Acesso em 13 set. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição [(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Planalto, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 04 jul. 2020.

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Planalto, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm). Acesso em 03 maio 2020.

<sup>5</sup> CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Básica. *Resolução nº 4, de 13 de julho de 2010*. Define Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2010. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004\\_10.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_10.pdf). Acesso em 07 out. 2020.

<sup>6</sup> CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Básica. *Resolução nº 7, de 14 de dezembro de 2010*. Fixa Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental de 9 (nove) anos. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2010. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb007\\_10.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb007_10.pdf). Acesso em 07 out. 2020.

<sup>7</sup> CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Parecer CNE/CP nº 15/2017. Dispõe sobre a Base Nacional Comum Curricular. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 1.570, p. 146, 21 dez. 2017.

<sup>8</sup> Recentemente, em dezembro de 2019, o Conselho Nacional de Educação decidiu que o Ensino Religioso deixa de ser área de conhecimento específica e passa a integrar a área de Ciências Humanas. Cf. Parecer: CNE/CEB 8/2019. (BRASIL. Ministério da Educação. Portaria nº 2.167, de 19 de dezembro de 2019. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 246, p. 142, dez. 2019. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=20/12/2019&jornal=515&pagina=142&totalArquivos=289>. Acesso em 21 set. 2020.



modelos distintos para a disciplina em todo o cenário brasileiro. Um destes modelos é o ER de caráter confessional, que se fez presente desde o Brasil Império, tanto é que a Constituição de 1824, em seu art. 5º<sup>9</sup>, a define como religião oficial do Estado Brasileiro.

Cabe rememorar que o Estado brasileiro somente torna-se laico partir do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890<sup>10</sup>, de autoria de Rui Barbosa, ato normativo responsável pela separação formal e jurídica entre Estado e Religião. A partir de então é possível observar mudanças significativas com relação à religião em espaço público, influenciando, respectivamente, na forma como o ERE passou a ser ministrado nas escolas públicas. E, especialmente com os pioneiros da educação, na década de 1930, as controvérsias sobre esse tipo de disciplina na escola pública não teve fim.

Todavia, apesar do reconhecimento da laicidade em âmbito nacional, da legislação específica da LDBEN (Lei nº 9394/1996)<sup>11</sup>, em seu art. 33, alguns estados buscaram dar um viés confessional à disciplina, como o Rio de Janeiro, que através da Lei Estadual nº 3.459/2000<sup>12</sup>, complementada pelo Decreto nº 31.086/02, dispôs sobre o ER confessional nas escolas da rede pública do Estado. Não é sem razão que o famigerado art. 11 do Acordo Brasil-Santa Sé<sup>13</sup>, motivo da ADI 4439/2010, teve sua origem num grupo sediado no Rio de Janeiro.

Podemos considerar que o modelo confessional é aquele voltado para a catequese. É o verdadeiro ensino da religião. Visa trazer conteúdos doutrinários no intuito de aprofundar a fé do aluno. Márcio Fabri dos Anjos define que o conceito de confessionalidade é aquele que:

[...] referenda as convicções professadas por um grupo religioso. Ela se dá nas particularidades e características que concretizam a fé daquele grupo. Expressam-se particularmente em práticas e costumes, doutrinas, rituais e em uma organização comunitária<sup>14</sup>.

Ocorre que os conceitos de ERE e Catequese não se confundem e nem se sobrepõem. A origem da questão reside no problema que o nome do componente gera: Ensino Religioso. O adjetivo “religioso” induz a identificar, quase que imediatamente, o

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em 26 mar. 2020.

<sup>10</sup> BRASIL. *Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890*. Brasília, DF: Planalto, [1890]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm). Acesso em 26 mar. 2020.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Planalto, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm). Acesso em 03 maio 2020.

<sup>12</sup> RIO DE JANEIRO. *Lei nº 3459, de 14 de setembro de 2000*. Dispõe sobre Ensino Religioso confessional nas escolas da rede pública de ensino do estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/16b2986622cc9dff0325695f00652111?OpenDocument>. Acesso em 09 set. 2020.

<sup>13</sup> BRASIL. *Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010*. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Brasília, DF: Planalto, [2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm). Acesso em 10 set. 2020.

<sup>14</sup> ANJOS, Maurício Fabri dos. Teologia como profissão: da confessionalidade à esfera pública. In: SOARES, Afonso Maria Ligório; PASSOS, João Décio (Orgs.). *Teologia pública: reflexões sobre uma área de conhecimento e sua cidadania acadêmica*. São Paulo: Paulinas, 2011. p. 124.



componente como “ensino de religião”, inclusive é o apelido que os estudantes dão à disciplina: “aula de religião”.

Porém, essa questão começou a ser resolvida em 1974. Wolfgang Gruen foi o pioneiro em realizar uma verdadeira mudança de paradigma no Ensino Religioso: distinguiu o ERE de Catequese.<sup>15</sup> Definia que a Catequese é o ensino da religião, impõe um clima de adoração, oração, além de supor inserção na prática sacramental e experiência de vida. Tal ensino é competência das tradições religiosas, não faz sentido ser ensinado na escola, especialmente na escola pública. Portanto, esse ensino confessional é incompatível com a laicidade. Já o ERE tem outro objeto, que ele definiu como “religiosidade”, categoria compreendida do ponto de vista antropológico. Assim como o ser humano tem dimensões como a afetividade, a sexualidade, a sociabilidade, ele tem a dimensão de religiosidade, que significa que todo ser humano busca sentidos da existência, sentidos de vida. Assim, o ERE propõe uma abertura ao questionamento, de busca e descoberta de sentidos da vida, no que ela tem de mais amplo e profundo. Desta forma, tal objeto contempla todos os estudantes, aqueles que têm fé religiosa e aqueles que são ateus ou agnósticos.

Essa ideia de ERE passou a ser defendida pela própria Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, que realizou doze encontros nacionais de formação de professores, dos quais participam docentes de diversas posições religiosas ou não religiosas. A partir de 1995 surge uma entidade civil, o Fórum Nacional Permanente de Ensino Religioso – FONAPER, que em 1997 produzirá a proposta de Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino Religioso – PCNERS, submetidos ao MEC, mas que não foram oficializados. A redação deste documento constitui um marco na história do ER no Brasil, já que pela primeira vez o ensino é sistematizado metodologicamente e epistemologicamente de forma não confessional, explicitamente desvinculado com a religião hegemônica (cristã) no Brasil, portanto, há mais de 20 anos.

Os PCNERS produzidos pelo FONAPER se baseiam no estudo da manifestação dos fenômenos religiosos em diferentes culturas e sociedades, constituindo uma ruptura epistemológica e pedagógica com a postura confessional e teológica de abordar o ERE. Conforme a compreensão de Marília Franceschi Domingos:

Entender o fenômeno religioso, então, é essencial para a própria formação do Homem racional, para a aquisição e desenvolvimento de um espírito crítico, que lhe permitirá posicionar-se diante dos fenômenos de atualidade ou dos fatos da história da humanidade<sup>16</sup>.

Pode-se dizer que essa diretriz consolida uma verdadeira mudança de paradigma<sup>17</sup> no ERE, propiciando novos rumos à disciplina, discrepantes do cunho proselitista, posição

<sup>15</sup> GRUEN, Wolfgang. *O Ensino Religioso na Escola*. Belo Horizonte: Instituto Central de Filosofia e Teologia – Universidade Católica de Minas Gerais, 1974.

<sup>16</sup> DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. Ensino Religioso e Estado Laico: uma lição de intolerância. *REVER* – Revista de Estudos da Religião. São Paulo, p. 60, set. 2009. Disponível em: [http://www4.pucsp.br/rever/rv3\\_2009/t\\_domingos.pdf](http://www4.pucsp.br/rever/rv3_2009/t_domingos.pdf). Acesso em 02 ago. 2020.

<sup>17</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. Disponível em: [https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/200850/mod\\_resource/content/1/Thomas%20Kuhn%20](https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/200850/mod_resource/content/1/Thomas%20Kuhn%20)

essa comprovadamente longínqua face a atual realidade<sup>18</sup> – isto é – calcada na diversidade religiosa (ou não) de pessoas.

Tal concepção estará presente em 2017 quando o ERE passa a integrar a BNCC. Nota-se, nesse documento, a partir das competências específicas do Ensino Religioso para o ensino fundamental, que a natureza e as finalidades pedagógicas desse componente curricular transparecem essa visão distinta da confessionalidade, ou seja, desvinculadas de uma determinada religião, mas sim abrangendo o pluralismo religioso, conforme exposto nas competências específicas do ERE:

1. Conhecer os aspectos estruturantes das diferentes tradições/movimentos religiosos e filosofias de vida, a partir de pressupostos científicos, filosóficos, estéticos e éticos.
2. Compreender, valorizar e respeitar as manifestações religiosas e filosofias de vida, suas experiências e saberes, em diferentes tempos, espaços e territórios.
3. Reconhecer e cuidar de si, do outro, da coletividade e da natureza, enquanto expressão de valor da vida.
4. Conviver com a diversidade de crenças, pensamentos, convicções, modos de ser e viver.
5. Analisar as relações entre as tradições religiosas e os campos da cultura, da política, da economia, da saúde, da ciência, da tecnologia e do meio ambiente.
6. Debater, problematizar e posicionar-se frente aos discursos e práticas de intolerância, discriminação e violência de cunho religioso, de modo a assegurar os direitos humanos no constante exercício da cidadania e da cultura de paz<sup>19</sup>.

Fica evidente nessas competências que o Ensino Religioso escolar é um componente que tem suas ciências de referências nas Ciências Sociais e Humanas, que por sua vez ajudam a compor as Ciências da Religião. Nesse sentido, a disciplina é definida como aquela que trata do conhecimento religioso/fenômeno religioso, sem privilégio de nenhuma crença em face de outras.

Apesar de a Portaria de nº 1.570/2017 do MEC, estabelecendo que após a publicação do Acórdão do STF no julgamento da ADI nº 4439<sup>20</sup>, o MEC poderia solicitar ao CNE a reavaliação do disposto para o ERE na BNCC, quando da publicação do Acórdão, em 22 de junho 2018, tanto o Ministério da Educação não se manifesta, como não pede para que o CNE reavalie o ERE na BNCC. Ao contrário, um ano depois, em 2018, cria Diretrizes Curriculares Nacionais para a formação inicial de docentes através da licenciatura em Ciências da Religião.

---

%20A%20Estrutura%20das%20Revolu%C3%A7%C3%B5es%20Cient%C3%ADficas.pdf. Acesso em 01 jul. 2020.

<sup>18</sup> GRUEN, Wolfgang. *O Ensino Religioso na Escola*. Belo Horizonte: Instituto Central de Filosofia e Teologia – Universidade Católica de Minas Gerais, 1974.

<sup>19</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. *Base nacional comum curricular*. Brasília, DF: MEC, 2018, p. 436. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&%20alias=79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category\\_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&%20alias=79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192). Acesso em 30 ago. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...] Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017, p. 437. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

Ocorre que a decisão do STF não se coaduna com a previsão disposta no texto da BNCC, posto ter sido julgado como constitucional o ERE de caráter confessional nas escolas públicas, o que acirra as incertezas de como será a implementação prática. Será que o Ensino confessional sendo constitucional levará os Estados da federação a optar por esta modalidade de ensino nas redes oficiais?

Dentre os votos na ADI 4.439/2010, destaca-se o apresentado pelo primeiro votante, que dará o Acórdão, o ministro Alexandre de Moraes, que será analisado a seguir.

### **Interpretação equivocada de conceitos e desconhecimento da legislação e do componente curricular ensino religioso**

O Ministro Alexandre de Moraes encabeça o grupo dos favoráveis pela confessionalidade, defendendo a ideia de que a disciplina é baseada nos “dogmas da fé”, ministrada segundo a confissão religiosa do aluno, e por isso não se confunde com nenhuma outra matéria, já que tem seus próprios dogmas estruturantes, postulados, métodos e conclusões que o diferenciam dos demais ramos do saber científico:

Portanto, a partir do respeito ao Estado Laico, da interpretação da singularidade da previsão constitucional do ensino religioso e em respeito à liberdade religiosa, a definição do núcleo de seu próprio conceito baseado nos “dogmas da fé”, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões, pretendo demonstrar a im procedência da presente ação<sup>21</sup>.

Em seu voto, fica claro que não foram feitas as corretas definições sobre o objeto de conhecimento do ERE, conforme longa tradição na área. O mesmo ao invés de buscar aporte em pesquisadores da Ciências da Religião, volta-se nitidamente aos conceitos de Teologia, em que se tem a fé como objeto de conhecimento:

O ensino de “Filosofia”, “História das Religiões” ou mesmo “Ciência das Religiões” jamais atingiria o núcleo básico do ensino religioso, que consiste nos dogmas da fé, por meio da denominada “Teologia revelada”, ou seja, a transmissão e aceitação de informações que dependem de um assentimento de vontade pertencente ao domínio exclusivo da fé, inexplicável pela argumentação racional filosófica ou pelo estudo dos acontecimentos relevantes ocorridos no passado histórico da humanidade (CHIGNELL, Andrew; PEREBOOM, Derk. *Natural Theology and Natural Religion*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring, 2017)<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...] Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017, p. 81. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...] Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017, p. 90. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

Com tanta produção acadêmica relevante no Brasil, em artigos publicados em periódicos de excelência, livros, em pesquisas em teses e dissertações, com mais de uma dezena de Programas de Pós-graduação em Ciências da Religião, o Ministro busca sua fundamentação em um artigo fora da área, pautado na Teologia Natural e Religião Natural, da Stanford Encyclopedia of Philosophy<sup>23</sup>.

Ademais, o ministro ainda diz não se tratar de um ensinamento filosófico ou histórico, que pode ser ministrado religiosamente de maneira neutra, pois se trata de uma questão de crença religiosa, de fé.<sup>24</sup> Deste modo, fica claro o contraponto existente, o desconhecimento ou a ignorância de conceitos e definições, algo que precisa ser repassado, publicitado e compreendido pela população de forma coesa.

Diante da análise bibliográfica realizada, vê-se que objeto de estudo da disciplina de Ensino Religioso, conforme já definia o FONAPER desde 1997, há mais de 20 anos, é o fenômeno religioso e os conteúdos propostos são de caráter antropológico, sociológico, filosófico, historiográfico, próprio das Ciências da Religião.

Mesmo sem ainda o Ensino Religioso ter sido integrado à BNCC, por ocasião da votação sobre a ADI 4439/2010 em 2017, já eram públicas as versões da BNCC em discussão que incluíam o ERE nessa perspectiva não confessional. Com a homologação da BNCC em dezembro de 2017, três meses depois da votação no STF, o documento nacional deixa claro o papel do Ensino Religioso nas escolas públicas ao estabelecer que:

Cabe ao Ensino Religioso tratar os conhecimentos religiosos a partir de pressupostos éticos e científicos, sem privilégio de nenhuma crença ou convicção. Isso implica abordar esses conhecimentos com base nas diversas culturas e tradições religiosas, sem desconsiderar a existência de filosofias de vida<sup>25</sup>.

Destarte, a discussão sobre a inclusão do Ensino Religioso na BNCC, iniciada em 2015, atendia ao art. 33, §1º da LBEN nº 9394/96 (alterado pela Lei nº 9.475/97), que define a disciplina como “parte integrante da formação básica do cidadão”<sup>26</sup>, o que também condiz com o princípio da laicidade brasileira, já que não privilegia, em âmbito público, o ensino de nenhuma religião específica, nem como discrimina a abordagem plural religiosa, definindo claramente que deve ser “assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo”.

<sup>23</sup> CHIGNELL, Andrew; PEREBOOM, Derk. *Natural Theology and Natural Religion*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring, 2017.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...] Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017, p. 90. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. *Base nacional comum curricular*. Brasília, DF: MEC, 2018, p. 436. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category\\_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192). Acesso em 30 ago. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Planalto, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm). Acesso em 03 maio 2020.

Além disso, o ERE está presente na CRFB/88, através do art. 210, que preconiza no *caput* que “Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais”<sup>27</sup>, e mostra no § 1º que “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.”<sup>28</sup> Antes, a Constituição Federal afirma no art. 205 que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”<sup>29</sup>. Nesse pleno desenvolvimento da pessoa, e no exercício da cidadania, não se pode esquecer uma questão fundamental na educação: a construção de projetos de vida de qualidade por parte dos educandos, supondo nesse sentido condições de reflexão qualitativa sobre os sentidos da vida.

Em 2014, a Lei nº 13.005/2014, que aprovou o novo Plano Nacional de Educação – PNE, introduziu a expressão “objetivos de aprendizagem e desenvolvimento”<sup>30</sup>, termo que engloba os conhecimentos, habilidades, atitudes e valores que as resoluções anteriores colocam como os saberes a serem desenvolvidos na Educação Básica

À vista disso, nota-se que a definição de “dogmas de fé”, como sendo objeto de conhecimento do ERE, conforme colocação de Alexandre de Moraes no Acórdão da ADI 4.439/2010<sup>31</sup>, concerne a uma premissa errônea e inverossímil com a que foi apresentada na LBEN, pelo art. 33.

Quando o Ministro argumenta não ser possível a neutralidade no ERE, certamente se refere ao ERE de caráter confessional, supostamente praticado e presente em estado como Rio de Janeiro e na Bahia – só existe formalmente, pela lei, e pode-se afirmar isso, pois é inoperante na prática acadêmica –, e, indubitavelmente, fica provado o desconhecimento da legislação do MEC e da LDBEN nº 9394/1996, conforme trecho do voto:

A neutralidade não existe no ensino religioso de qualquer confissão que se baseia, fundamentalmente, em dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença, conforme decisão do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 19 de outubro de 1971 (1 BvR 387/65.

<sup>27</sup> BRASIL. Constituição [(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Planalto, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 04 jul. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição [(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Planalto, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 04 jul. 2020.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição [(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Planalto, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 04 jul. 2020.

<sup>30</sup> BRASIL. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm). Acesso em 02 set. 2020.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...] Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.



Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Konrad AdenauerStiftung. Coletânea original: Jürgen Schwabe)<sup>32</sup>.

Ressalta-se, ainda, o emprego de um termo criado pelo ministrado, denominado de “dirigismo estatal”, o qual não possui coerência com a acepção que lhe é dada, sendo que cabe aqui frisar ser o ministro livre docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo, no ano de 2001.

Ao se referir ao termo, preceitua que:

O dirigismo estatal, no sentido de optar pelo conteúdo programático de uma única crença, concedendo-lhe o monopólio do ensino religioso uniconfessional, configuraria flagrante privilégio e desrespeito ao Estado Laico, em clara inconstitucionalidade por desrespeito ao artigo 19, I, da Constituição Federal. Da mesma maneira, o dirigismo estatal, no sentido de elaborar um conteúdo único e oficial para a disciplina ensino religioso, resumindo nesta disciplina alguns aspectos descritivos, históricos, filosóficos e culturais que entendesse principais de várias religiões e assumindo a responsabilidade de ministrá-la, configuraria um duplo desrespeito à Consagração da Liberdade Religiosa, pois simultaneamente estaria mutilando diversos dogmas, conceitos e preceitos das crenças escolhidas e ignorando de maneira absoluta o conteúdo das demais; bem como estaria obrigando alunos de uma determinada confissão religiosa a ter contato com crenças, dogmas e liturgias alheias à sua própria fé, em desrespeito ao artigo 5º, VI, da Constituição Federal<sup>33</sup>.

Ainda conclui que, em face do princípio da laicidade brasileira, da liberdade religiosa e da igualdade, o Ensino Religioso previsto no art. 210, §1º, CRFB/88<sup>34</sup>, deve ser admitido no seu caráter confessional nas escolas públicas, em igualdade de condição, pois, já que a matrícula é facultativa, trata-se de um direito subjetivo do aluno matricular-se de acordo com a sua respectiva confissão religiosa. Percebe-se que a voto do Ministro parte do desconhecimento do que é o ERE, só identificando-o como confessional, ignorando o art. 33 da LDBEN nº 9394/1996.

Além disto, surpreendentemente, sugere uma nova tese totalmente descabida e que já foi motivo de intensas discussões no passado, que se refere ao Ensino Religioso ser ministrado nas escolas públicas, “preferencialmente, sem ônus para o Estado”, configurando claro atentado à laicidade, ao disponibilizar a escola pública para o proselitismo das religiões, com o “oferecimento de ensino confessional das diversas crenças”, conforme trecho extraído do voto:

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...] Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017, p. 93. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...] Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017, p. 94. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição [(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Planalto, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 04 jul. 2020.

O Estado, portanto, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI) e o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput), deverá atuar na regulamentação do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando na rede pública, em igualdade de condições, o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais e objetivos previamente fixados pelo Ministério da Educação. Dessa maneira, será permitido aos alunos que voluntariamente se matriculem o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa, por integrantes da mesma, devidamente credenciados e, **preferencialmente, sem qualquer ônus para o Poder Público** (grifo nosso)<sup>35</sup>.

Essa tese apresentada pelo Ministro foi prevista no art. 33 da LDBEN nº 9.394/96<sup>36</sup>, em sua 1ª versão, desencadeando várias mobilizações em âmbito nacional, envolvendo professores, entidades civis e religiosas, instituições de ensino superior e secretarias de educação, estaduais e municipais, das diferentes unidades da Federação.<sup>37</sup> E a versão antiga do artigo art. 33 dispunha o seguinte:

Art. 33. O Ensino Religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter:

I - Confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas;

II - Interconfessional, resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas, que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa<sup>38</sup>.

Nota-se que propõem dois modelos de ensino e se isenta o Estado para com o Ensino Religioso, criando grave problema de passivo trabalhista, sem falar do problema prático de as escolas terem salas suficientes para atender à diversidade de formas religiosas, conforme a crença dos estudantes. Desta feita, o texto transferiu a responsabilidade financeira de Ensino Religioso para as instituições religiosas, o que significava dizer que o tratamento pedagógico não seria escolar, como componente curricular, suscitando concepção de doutrinação na escola.<sup>39</sup> Poder-se-ia perguntar: e se houvessem estudantes ateus e agnósticos, como se resolveria o problema dessas pessoas?

<sup>35</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. *Base nacional comum curricular*. Brasília, DF: MEC, 2018, p. 96. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&%20alias=79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category\\_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&%20alias=79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192). Acesso em 30 ago. 2020.

<sup>36</sup> BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Brasília, DF: Planalto, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm). Acesso em 03 maio 2020.

<sup>37</sup> HOLANDA, Ângela Maria Ribeiro. *Ensino Religioso nas legislações*. In: Ensino Religioso no Brasil. JUNQUEIRA, Sérgio Rogério Azevedo (Org.). Florianópolis: Insular, 2015. p. 59.

<sup>38</sup> BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Brasília, DF: Planalto, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm). Acesso em 03 maio 2020.

<sup>39</sup> GONÇALVES, Ana Maria; MUNIZ, Tamires Alves. *Ensino religioso: história de sua constituição como disciplina escolar*. In: 37ª Reunião Nacional da ANPEd – 04 a 08 outubro de 2015. Florianópolis: UFSC, 2015, p. 71. Disponível em: <http://www.anped.org.br/sites/default/files/trabalho-gt12-4214.pdf>. Acesso em 03 maio 2020.



O CNE havia se posicionado em 1997, através do parecer nº 05/97, aprovado em 11 de março, sobre a interpretação desse art. 33, mas de forma equivocada, ao dizer que não poderia haver ônus aos cofres públicos pela oferta da disciplina pelos seguintes motivos:

a) haveria violação ao art. 19 da CF que veda a subvenção a cultos religiosos e a igrejas; b) criaria um tratamento desigual do Estado com relação às diversas igrejas, porque a subvenção seria desproporcional à demanda. Como o professor seria pago por hora curricular de trabalho, um ou dois alunos de uma religião demandariam o mesmo gasto do Estado do que trinta ou quarenta de outra, já que a lei garante a confessionalidade e a opção dos alunos; c) finalmente, havendo disposição de pagamento pelo Estado, poder-se-ia chegar ao absurdo de o Ensino Religioso para dezenas de denominações diferenciadas com demanda na escola ser mais oneroso que o ensino de outras matérias com maior carga horária<sup>40</sup>.

Foi por causa desse parecer, assim como das dúvidas e problemas surgidos, enfim, desse confronto, que membros do FONAPER, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, da Associação de Professores de Ensino Religioso – ASPER, dentre outras entidades, se uniram a fim de buscarem contatos com deputados federais para apresentarem nova redação ao artigo, com o intuito de assegurar o Ensino Religioso na grade curricular das escolas públicas na mesma condição das demais, o que produziu a Lei nº 9475/97.

Desta feita, a Câmara de Deputados, durante o período de discussão sobre a nova lei, recebeu no primeiro semestre três projetos com proposição de alteração do art. 33 da LDBEN de 1996, conforme lição de Cesar Ranquetat:

O primeiro projeto de lei nº 2.757/97 foi apresentado pelo deputado federal Nelson Marchezan, retirando a expressão sem ônus para os cofres públicos. O segundo projeto foi apresentado pelo deputado federal Maurício Requião, sob o nº 2.997/97, mudando de forma substancial o artigo da LDBEN. Ele estabeleceu que o Ensino Religioso deveria colaborar com a formação básica do cidadão e vetava qualquer forma de proselitismo e doutrinação, respeitando a diversidade religiosa brasileira. Por fim, o Projeto de Lei de nº 3.043/97, de autoria do Poder Executivo, defendia a manutenção do texto da LDBEN, com algumas ressalvas<sup>41</sup>.

O relator da matéria, deputado federal Padre Roque Zimmermann (PT-PR), membro da Comissão de Educação e Cultura, ouviu a sociedade representada pela CNBB, pelo Conselho de Igrejas Cristãs – CONIC, pelo FONAPER e pelo MEC. De posse das contribuições, elaborou a redação de um quarto projeto alternativo, substitutivo ao Projeto de Lei nº 2.757/97, de Nelson Marchezan, considerando as propostas apresentadas nos demais projetos.<sup>42</sup>

Por fim, foi votado e aprovado o Projeto de Lei nº 2.757/97, em 17 de junho de 1997, na Câmara dos Deputados, por decisão plenária, sendo sancionado pelo presidente

<sup>40</sup> CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. *Parecer nº 5/97 do CNE/CEB*. Brasília, DF: MEC, 1997. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/1997/pceb005\\_97.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/1997/pceb005_97.pdf). Acesso em 08 out. 2020.

<sup>41</sup> RANQUETAT JÚNIOR, César Alberto. *Laicidade à brasileira: um estudo sobre controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos*. Porto Alegre: PPGAS-UFRGS, 2012. p. 92-93.

<sup>42</sup> RANQUETAT JÚNIOR, César Alberto. *Laicidade à brasileira: um estudo sobre controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos*. Porto Alegre: PPGAS-UFRGS, 2012. p. 93.

Fernando Henrique Cardoso em 22 de julho de 1997, transformando-se, integralmente, na Lei nº 9.475/97.<sup>43</sup>

Assim, o art. 33 do dispositivo desencadeia um processo significativo, esclarecendo de vez o papel do Ensino Religioso na educação:

Art. 33. O Ensino Religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.  
§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do Ensino Religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores<sup>44</sup>.

Deve-se lembrar que aquele parecer do CNE nº 05/97 aconteceu por demanda e consulta ao CNE e antes de ser promulgada a Lei nº 9.475/1997. E o parecer, ao tentar garantir a laicidade, na realidade estava abrindo as escolas para o proselitismo de cada religião, dizendo que as escolas deveriam “Deixar horário e instalações físicas vagas para que os representantes das igrejas os ocupem conforme sua proposta pedagógica, para os estudantes”.<sup>45</sup> Não é papel do Estado, através das escolas públicas, favorecer algumas religiões e não garantir isso a todas. E sabe-se que algumas instituições não teriam condições de atender a essa realidade e nem as escolas teriam condições físicas para isso. Só quem não conhece a grande maioria das escolas públicas poderiam dar esse tipo de parecer. Posição diferente, e em atendimento à laicidade, seria um Ensino Religioso não confessional.

A nova redação do art. 33, em 1997, exclui a expressão “sem ônus para os cofres públicos” do seu enunciado, assim como os modelos confessional e interconfessional. A partir do momento em que o Ministro, em pleno ano de 2017, retoma discussões do ano de 1997, constata-se presente um nítido retrocesso jurídico, por desconhecimento ou grave problema de hermenêutica jurídica. Do mesmo modo, é apresentada uma notória desconsideração para com os educadores de Ensino Religioso, posto ser irrefutável o seu desconhecimento da história do componente curricular e da formação dos professores da disciplina, a saber, as Ciências da Religião.

### **A situação atual do ensino religioso escolar**

Houve a decisão do STF sobre a ADIN 4439/2010 e, três meses depois, em 20 de

---

<sup>43</sup> GONÇALVES, Ana Maria; MUNIZ, Tamires Alves. *Ensino religioso: história de sua constituição como disciplina escolar*. In: 37ª Reunião Nacional da ANPED – 04 a 08 outubro de 2015. Florianópolis: UFSC, 2015. Disponível em: <http://www.anped.org.br/sites/default/files/trabalho-gt12-4214.pdf>. Acesso em 03 maio 2020.

<sup>44</sup> BRASIL. *Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997*. Dá nova redação ao art. 33 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Planalto, [1997]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9475.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9475.htm). Acesso em 04 maio 2020.

<sup>45</sup> CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Parecer CNE/CP nº 15/2017. Dispõe sobre a Base Nacional Comum Curricular. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, p. 146, n. 1.570, 21 dez. 2017.

dezembro de 2017 aconteceu a homologação da BNCC pela Portaria nº 1.570/2017<sup>46</sup>, com a inclusão do ER não confessional. O art. 2º dessa Portaria dizia que “Após a publicação do Acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no 4439, o Ministério da Educação poderá solicitar ao Conselho Nacional de Educação reavaliação do disposto para o ensino religioso na BNCC.”<sup>47</sup> E isso não ocorreu. Ao contrário, foram desencadeadas no CNE as discussões para a criação das Diretrizes Curriculares Nacionais – DCN para a formação inicial dos docentes para o componente curricular Ensino Religioso. Desse modo, em 27 de dezembro de 2018, pela Portaria nº 1403/2018<sup>48</sup> foram homologadas as DCN para cursos de graduação em Ciências da Religião.

Diante disto, a decisão do STF criou um problema sério, pois está em flagrante contraste com o art. 33 da LDBEN nº 9394/1996 e contra a BNCC.

Os argumentos apresentados pelos ministros, hoje, contratam diretamente com o texto da BNCC. Restam evidentes os conceitos errôneos trazidos em seu voto no Acórdão na ADI 4.439/2010, e, conseqüentemente, replicados em âmbito nacional, contribuindo para a desinformação populacional do papel do Ensino Religioso nas escolas públicas, bem como do seu real objetivo enquanto disciplina, e da importância do seu objeto de ensino para a formação dos estudantes e sua contribuição para uma cultura de paz, de inclusão e cidadania.

Para quem se debruça hoje sobre a BNCC encontra as três unidades temáticas que compõem o 1º ao 9º ano, evidenciadas pelos pressupostos éticos e de formação humanística, a saber: Identidades e Alteridades; Manifestações Religiosas e Crenças religiosas e filosofias de vida.

A unidade temática “Identidades e Alteridades”, trabalhada no 1º, 2º e 3º anos, possibilita a distinção (alteridades) entre o “eu” e o “outro”, “nós” e “eles”, através de referenciais simbólicos (representações, saberes, crenças, convicções, valores), que são necessários para a consolidação de identidades.

---

<sup>46</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria nº 1.570, de 20 de dezembro de 2017. Fica homologado o Parecer CNE/CP nº 15/2017, do Conselho Pleno do Conselho Nacional de Educação, aprovado na Sessão Pública de 15 de dezembro de 2017, que, junto ao Projeto de Resolução a ele anexo, instituem e orientam a implantação da Base Nacional Comum Curricular - BNCC, explicitando os direitos e objetivos de aprendizagem e desenvolvimento, a ser observada obrigatoriamente ao longo das etapas e respectivas modalidades no âmbito da Educação Básica. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 145, n. 244, 21 dez. 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2017-pdf/78631-pcp015-17-pdf/file>. Acesso em 02 set. 2020.

<sup>47</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria nº 1.570, de 20 de dezembro de 2017. Fica homologado o Parecer CNE/CP nº 15/2017, do Conselho Pleno do Conselho Nacional de Educação, aprovado na Sessão Pública de 15 de dezembro de 2017, que, junto ao Projeto de Resolução a ele anexo, instituem e orientam a implantação da Base Nacional Comum Curricular - BNCC, explicitando os direitos e objetivos de aprendizagem e desenvolvimento, a ser observada obrigatoriamente ao longo das etapas e respectivas modalidades no âmbito da Educação Básica. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 145, n. 244, 21 dez. 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2017-pdf/78631-pcp015-17-pdf/file>. Acesso em 02 set. 2020.

<sup>48</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria nº 1.432, de 28 de dezembro de 2018. Estabelece os referenciais para elaboração dos itinerários formativos conforme preveem as Diretrizes Nacionais do Ensino Médio. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 94, 04 abr. 2019. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70268199](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70268199). Acesso em 07 set. 2020.

Já a unidade “Manifestações Religiosas”, lecionada no 1º, 2º, 3º, 4º e 7º anos, pretende proporcionar o conhecimento, a valorização e o respeito às distintas experiências e manifestações religiosas, através do aprendizado do conjunto de elementos que compõem o universo religioso (símbolos, ritos, espaços, territórios e lideranças).

E, por fim, no âmbito das “Crenças religiosas e filosofias de vida”, presentes nos anos 4º ao 9º, são abordados os mitos, ideia(s) de divindade(s), crenças e doutrinas religiosas, tradições orais e escritas, ideias de imortalidade, princípios e valores éticos presentes nas tradições religiosas e filosofias de vida, ou seja, a abordagem inclui as posições não religiosas.

Vê-se que o ERE, através de toda a abordagem referida em torno dessas unidades temáticas, torna-se um componente curricular capaz de contribuir para que os educandos construam seus sentidos pessoais de vida a partir de valores, princípios éticos e da cidadania, da diversidade e da pluralidade, objetivo este capaz de construir cidadãos formadores de suas próprias consciências e crenças.

Ao analisar o conteúdo do texto da BNCC, mas que já estava presente publicamente nas primeiras versões em discussão da Base desde setembro de 2015, portanto, antes do voto do Ministro, vê-se que uma das competências específicas do Ensino Religioso é totalmente oposta ao que foi abordado pelo Ministro, já que a disciplina propõe-se a “compreender, valorizar e respeitar as manifestações religiosas e filosofias de vida, experiências e saberes, em diferentes tempos, espaços e territórios”<sup>49</sup>, a fim de que, o princípio da liberdade religiosa e o direito à liberdade crença e consciência sejam propiciados em âmbito público, conforme o princípio da laicidade brasileira.

### **Considerações finais**

Apesar dos grandes desafios que são colocados para o ER, o componente curricular está na BNCC e expressa a renovação epistemológica e metodológica que tem ocorrido na sua história, especialmente nas últimas décadas. Mostra uma concepção de educação pautada na inclusão, na diversidade e alteridade, como vem propondo o FONAPER desde 1995, ao longo das principais conclusões ou ideias-fortes apresentadas pelo trabalho.

Mesmo diante do contraponto existente, vê-se que o que prevalece é o conteúdo disposto na BNCC, que reitera o papel do Ensino Religioso enquanto disciplina de caráter não-confessional e não-proselitista, respeitando, assim, o princípio da liberdade religiosa e da laicidade do Estado brasileiro, a partir de sua legislação.

O que gera estranhamento aos pesquisadores, cientistas e educadores é o desconhecimento e o fato de serem replicados, por membros da Suprema Corte brasileira,

---

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...] Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017, p. 437. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

conceitos equivocados, fundamentados em áreas destoantes, que são repercutidos em caráter nacional, nessa e em outras várias decisões de ampla ressonância.

Assim, compreende-se que cabe também aos educadores do ERE levantarem suas bandeiras e demonstrarem, como o veem fazendo há décadas, suas produções acadêmicas, bem como tornarem públicas o papel e a importância deste componente curricular nas escolas públicas, que aquém de promover a liberdade de consciência e de crença, contribui para que os educandos construam seus projetos e sentidos pessoais de vida a partir de valores, princípios éticos e da cidadania, condição fundamental para a democracia e a cultura de paz.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, Maurício Fabri dos. Teologia como profissão: da confessionalidade à esfera pública. In: SOARES, Afonso Maria Ligório; PASSOS, João Décio (Orgs.). *Teologia pública: reflexões sobre uma área de conhecimento e sua cidadania acadêmica*. São Paulo: Paulinas, 2011.

BRASIL. Constituição [(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Planalto, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 04 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Brasília, DF: Planalto, [1824]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em 26 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890*. Brasília, DF: Planalto, [1890]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm). Acesso em 26 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010*. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Brasília, DF: Planalto, [2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm). Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 12 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm). Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961*. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, DF: Planalto, [1961]. Disponível em:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4024.htm#:~:text=Fixa%20as%20Diretrizes%20e%20Bases%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Nacional.&text=a\)%20a%20compreens%C3%A3o%20dos%20direitos,grupos%20que%20comp%C3%B5em%20a%20comunidade%3B&text=%C3%80%20fam%C3%ADlia%20cabe%20escolher%20o,deve%20dar%20a%20seus%20filhos.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4024.htm#:~:text=Fixa%20as%20Diretrizes%20e%20Bases%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Nacional.&text=a)%20a%20compreens%C3%A3o%20dos%20direitos,grupos%20que%20comp%C3%B5em%20a%20comunidade%3B&text=%C3%80%20fam%C3%ADlia%20cabe%20escolher%20o,deve%20dar%20a%20seus%20filhos.) Acesso em 02 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Planalto, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm). Acesso em 03 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997*. Dá nova redação ao art. 33 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Planalto, [1997]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9475.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9475.htm). Acesso em 04 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Planalto, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em 13 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria nº 1.432, de 28 de dezembro de 2018. Estabelece os referenciais para elaboração dos itinerários formativos conforme preveem as Diretrizes Nacionais do Ensino Médio. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 94, 04 abr. 2019. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70268199](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70268199). Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria nº 1.570, de 20 de dezembro de 2017. Fica homologado o Parecer CNE/CP nº 15/2017, do Conselho Pleno do Conselho Nacional de Educação, aprovado na Sessão Pública de 15 de dezembro de 2017, que, junto ao Projeto de Resolução a ele anexo, instituem e orientam a implantação da Base Nacional Comum Curricular - BNCC, explicitando os direitos e objetivos de aprendizagem e desenvolvimento, a ser observada obrigatoriamente ao longo das etapas e respectivas modalidades no âmbito da Educação Básica. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 145, n. 244, 21 dez. 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2017-pdf/78631-pcp015-17-pdf/file>. Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. *Base nacional comum curricular*. Brasília, DF: MEC, 2018. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&%20alias=79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category\\_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&%20alias=79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192). Acesso em 30 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão nº 4.439/2010*. Ensino Religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio *laicidade do Estado/liberdade religiosa*. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas. Conformidade com o art. 210, §1º do texto constitucional. Constitucionalidade do art. 33, §, caput §1º e §2º, da lei de diretrizes e bases da educação nacional e do Estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil promulgado pelo decreto 7.107/2010. Ação direta julgada improcedente. Relator: Roberto Barroso. 27 set. 2017. Brasília: STF, 2017.

Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Básica. *Resolução nº 4, de 13 de julho de 2010*. Define Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2010. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004\\_10.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_10.pdf). Acesso em 07 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Básica. *Resolução nº 7, de 14 de dezembro de 2010*. Fixa Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental de 9 (nove) anos. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2010. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb007\\_10.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb007_10.pdf). Acesso em 07 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de Educação Básica. *Resolução nº 4, de 13 de julho de 2010*. Define Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2010. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004\\_10.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_10.pdf). Acesso em 07 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Parecer CNE/CP nº 15/2017. Dispõe sobre a Base Nacional Comum Curricular. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, p. 146, n. 1.570, 21 dez. 2017.

CHIGNELL, Andrew; PEREBOOM, Derk. *Natural Theology and Natural Religion*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring, 2017.

DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. Escola e laicidade: o modelo francês. *INTERAÇÕES – Cultura e Comunidade* (online). [S.l.], v. 3, n.3, p. 153-170, 2008.

Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/interacoes/article/view/6714/6141>. Acesso em 13 jul. 2020.

GONÇALVES, Ana Maria; MUNIZ, Tamires Alves. *Ensino religioso: história de sua constituição como disciplina escolar*. In: 37ª Reunião Nacional da ANPED – 04 a 08 outubro de 2015. Florianópolis: UFSC, 2015. Disponível em: <http://www.anped.org.br/sites/default/files/trabalho-gt12-4214.pdf>. Acesso em 03 maio 2020.

GRUEN, Wolfgang. *O Ensino Religioso na Escola*. Belo Horizonte: Instituto Central de Filosofia e Teologia – Universidade Católica de Minas Gerais, 1974.

HOLANDA, Ângela Maria Ribeiro. *Ensino Religioso nas legislações*. In: *Ensino Religioso no Brasil*. JUNQUEIRA, Sérgio Rogério Azevedo (Org.). Florianópolis: Insular, 2015.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. Disponível em:

[https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/200850/mod\\_resource/content/1/Thomas%20Kuhn%20-](https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/200850/mod_resource/content/1/Thomas%20Kuhn%20-)



%20A%20Estrutura%20das%20Revolu%C3%A7%C3%B5es%20Cient%C3%ADficas.pdf. Acesso em 01 jul. 2020.

RANQUETAT JÚNIOR, César Alberto. *Laicidade à brasileira: um estudo sobre controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos*. Porto Alegre: PPGAS-UFRGS, 2012

Data de Recebimento: 05/10/2020.

Data de Aprovação: 21/07/2021.

# A GUETIZAÇÃO DO TRABALHO FEMININO: ENTRE A ESFERA REPRODUTIVA E A TERCEIRIZAÇÃO<sup>1</sup>

## THE GUETIZATION OF FEMALE WORK: BETWEEN THE REPRODUCTIVE SPHERE AND OUTSOURCING

Maria Cecília Máximo Teodoro\*  
Rainer Bomfim\*\*

### RESUMO

Sob a vertente jurídico-sociológica, trata-se das dimensões do trabalho das mulheres dentro da sociedade brasileira abordando tanto temas vinculados ao dogma jurídico e aspectos atinentes a questões sociológicas, como a divisão socialmente construída acerca das responsabilidades do lar dentro das famílias. A questão problema que guia esta incursão jurídica é: quais são os postos tradicionalmente ocupados pela maioria das mulheres brasileiras dentro da divisão sexual do trabalho e como isso reflete na sua ocupação em postos terceirizados? Como hipótese tem-se que as mulheres, por realizarem os trabalhos vinculados à esfera reprodutiva, são levadas a postos precários, como trabalhos terceirizados, formando verdadeiros guetos. Como marco teórico utiliza-se o Tithi Bhattacharya com seus escritos sobre reprodução social e os escritos de Loïc Wacquant sobre as formações de guetos. Desenvolve-se o presente trabalho com uma perspectiva teórica, através do qual se utiliza o método da revisão bibliográfica para alcançar aos objetivos tratados.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Trabalho Feminino. Terceirização. Trabalho Reprodutivo. Guetos.

### ABSTRACT

Under the juridical-sociological aspect, it deals with the dimensions of women's work within Brazilian society, addressing both themes linked to legal dogma and aspects related to sociological issues, such as the socially constructed division about the responsibilities of the home within families. The problem question that guides this legal incursion: what are the positions traditionally held by the majority within the sexual division of labor and how does this occupation in outsourced positions? As a hypothesis, it is that women, for

<sup>1</sup> Parte desta pesquisa foi financiada com bolsa de fomento à pesquisa concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) ao segundo autor.

\* Pós-Doutoranda em Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade pela Universidade de Brasília – UnB; Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa CAPES; Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP; Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG; Graduada em Direito pela PUC/MG; Professora de Direito do Trabalho do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação da PUC/MG. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Retrabalhando o Direito – PUC/MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7521600430933892>. E-mail: [mariaceciamaximoteodoro@gmail.com](mailto:mariaceciamaximoteodoro@gmail.com).

\*\* Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa de pesquisa CAPES. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito Previdenciário pela FAVENI. Bacharel em Direito pela UFOP. Professor de Direito e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica na Rede Doctum – Unidade João Monlevade. Professor Substituto na Universidade Federal de Juiz de Fora – campus avançado de Governador Valadares. Pesquisador do Grupo de Pesquisa RESSABER- UFOP e Retrabalhando o Direito – PUC/MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3064395260276586>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2934-0653>. E-mail: [rainerbomfim@outlook.com](mailto:rainerbomfim@outlook.com).

---

carrying out work linked to the reproductive sphere, are taken to precarious positions, as outsourced job, forming true ghettos. As a theoretical framework, Tithi Bhattacharya is used with his writings on social reproduction and the writings of Loïc Wacquant on ghetto formations. The present work is developed with a theoretical perspective, through which the method of bibliographic review is used to achieve the treated objectives.

Key-words: Labor Law. Female Work. Outsourcing. Reproductive Work. Ghettos.

## INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho e o trabalho, quando analisados sob a perspectiva de gênero, levantam dissonâncias quanto as pautas e marcos teóricos adotadas pelos diversos coletivos feministas<sup>2</sup>. O enfoque da análise de gênero está em constante disputa<sup>3</sup>. Desta forma, para esta pesquisa, tem-se como pressuposto que as normas jurídicas não são neutras<sup>4</sup> e são produzidas por sujeitos interessados<sup>5</sup>, dentro de instituições brancas pré-formadas<sup>6</sup> e que atendem a interesses capitalistas construídos sob óticas específicas. Então, é com esse ponto de partida que se analisa a formação de guetos no trabalho feminino, principalmente através da terceirização. As margens do mundo do trabalho são ocupadas por mulheres negras e que moram nas periferias das cidades que se apresentam como sustentáculo da (re)produção do sistema capitalista<sup>7</sup>.

Quando se discute o escopo jurídico do trabalho e quais são os sujeitos que ocupam estes postos é preciso observar a presença cotidiana do Direito do Trabalho. A forma cotidiana diz muito sobre o Direito<sup>8</sup>. Especialmente no dia a dia das mulheres, na medida em que traz em seu rol de proteção traz direitos exclusivos das mulheres<sup>9</sup>, como a garantia provisória de emprego após a gestação, limitação do carregamento de peso, previsão de igualdade salarial com os homens, proteção de condições insalubres da gestante, dentre outras regras justralhistas. Muitas vezes tais direitos são lidos como custos e para

---

<sup>2</sup> LERUSSI, Romina. Escritos para una filosofía feminista del derecho laboral. Estudios del Trabajo. *Revista de la Asociación Argentina de Especialistas en Estudios del Trabajo (ASET)*. [S.l.], n. 56, 2018. Disponível em: <https://aset.org.ar/ojs/revista/article/view/37>.

<sup>3</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>4</sup> A contestação do sujeito hegemônico e produtor de conhecimento como alguém neutro é uma política tipicamente feminista. HARAWAY, Donna. Saberes Localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva radical. *Cadernos Pagu*. Campinas, p. 7-41, 1995.

<sup>5</sup> O masculino nesta construção é utilizado de forma proposital pela atual formação do Legislativo brasileiro.

<sup>6</sup> CORAIDE, Marco Túlio; PEREIRA, Flávia Souza Máximo. Trabalho preto, instituições brancas: a personalidade racializada na relação de emprego no Brasil. *Teoria Jurídica Contemporânea*. [S.l.], v. 6, 2021.

<sup>7</sup> BHATTACHARYA, Tithi. O que é a teoria da reprodução social? Tradução de Maíra Mee Silva e Mariana Luppi. *Outubro*. [S.l.], n. 32, 1. semestre de 2019. p. 103. Disponível em:

[www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04\\_Bhattacharya.pdf](http://www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04_Bhattacharya.pdf); VERGÈS, Françoise. *Um feminismo decolonial*. Tradução de Jamille Pinheiro Dias Raquel Camargo. São Paulo: Ubu, 2020. p. 17; LERUSSI, Romina. Escritos para una filosofía feminista del derecho laboral. Estudios del Trabajo. *Revista de la Asociación Argentina de Especialistas en Estudios del Trabajo (ASET)*.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Idem.

outros/as sujeitos/as como sustentáculo da vida. Este ramo tem dentro da sua finalidade teleológica a proteção daquele/a que está na condição de subalterno/a e está destituído dos meios de produção sendo subordinado estruturalmente pelo capital e, como uma dupla função (ambivalente), apaziguar as demandas e conflitos sociais a partir de concessões de direitos.

Embora este ramo seja uma conquista subalterna, que visa redistribuição de renda de forma igualitária e foca na equalização das relações desiguais que acontecem entre os capitalistas e os/as trabalhadores/as<sup>10</sup>, em geral, há normas específicas que tentam equilibrar as desigualdades lidas como biológicas<sup>11</sup> entre homens e mulheres. Mesmo que na atual circunstância seja necessária a proteção e reafirmação do Direito do Trabalho, se faz necessário olhar para as suas próprias contradições internas/externas e seus impactos adversos para transformá-las em lutas e instrumentos políticos<sup>12</sup>. É preciso proliferar o pensamento crítico para entender as dinâmicas e as problemáticas do Direito do Trabalho para a partir disso repensá-las<sup>13</sup>.

A crítica perpetrada neste excerto tem como objetivo o aumento da proteção do Direito do Trabalho e repudia veementemente a construção neoliberal que subsidia a destruição da proteção social constitucional. Isto para os/as estudiosos/as do Direito do Trabalho é óbvio, mas precisa ser reafirmado em tempos de neoliberalismo.

A destruição contemporânea está relacionada a um esvaziamento da proteção trabalhista e previdenciária com o intuito de atender aos interesses exclusivamente econômicos. A falácia que a proteção trabalhista aumenta os custos não tem respaldo científico e aqui não se compactua com esse discurso que tem por finalidade a precarização<sup>14</sup>.

Nesta toada, a produção jurídica com o olhar para o trabalho da mulher implica em uma redefinição das categorias em disputa e uma desocultação<sup>15</sup> de trabalhos que são forjados como gratuitos. Para isso, toma-se a lição de Françoise Vergès<sup>16</sup> de que "os direitos das mulheres, quando esvaziados de toda dimensão radical, tornam-se um trunfo nas mãos dos poderosos.". É preciso desvendar as amarras jurídico-institucionais que estão por traz desse silenciamento.

Neste sentido, sob a vertente jurídico-sociológica<sup>17</sup>, trata-se das dimensões do tra-

<sup>10</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 540.

<sup>11</sup> Entende-se que a corporalidade do Direito do Trabalho é lida, pensada e estruturada a partir da cis-heteronormatividade.

<sup>12</sup> LERUSSI, Romina. Escritos para una filosofía feminista del derecho laboral. *Estudios del Trabajo. Revista de la Asociación Argentina de Especialistas en Estudios del Trabajo (ASET)*. 2018.

<sup>13</sup> LERUSSI, Romina; PÁRRAGA; Francisco Trillo. Presentación del dossier un nuevo derelho del trabajo para el mundo actual. *Ensancha la base y expandir la imaginación. Teoría Jurídica Contemporânea*. 2021.

<sup>14</sup> MÁXIMO PEREIRA, Flávia Souza; BERSANI, Humberto. Crítica à interseccionalidade como método de desobediência epistêmica no Direito do Trabalho brasileiro. *Revista direito e práxis*. [S.l.], v. 11, p. 2.743-2.772, 2020. p. 520-545.

<sup>15</sup> A motivação para investir na desocultação de postos de trabalho, especialmente os femininos, vem dos escritos publicados por Flávia Souza Máximo Pereira e Pedro Augusto Gravatá Nicoli em: *Idem*, p. 520-545.

<sup>16</sup> VERGÈS, Françoise. *Um feminismo decolonial*. Tradução de Jámille Pinheiro Dias Raquel Camargo. São Paulo: Ubu, 2020. p. 17.

<sup>17</sup> Adota-se uma vertente jurídico-sociológica na construção desse trabalho no sentido formulado por Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2013).

balho das mulheres dentro da sociedade brasileira abordando tanto temas vinculados ao dogma jurídico e aspectos atinentes a questões sociológicas, como a divisão socialmente construída acerca das responsabilidades do lar (ou trabalhar “gratuitamente”) dentro das famílias. A questão problema que guia essa incursão jurídica é: quais são os postos tradicionalmente ocupados pela maioria das mulheres brasileiras dentro da divisão sexual do trabalho e como isso reflete na sua ocupação em postos terceirizados?

Como hipótese tem-se que as mulheres, por realizarem os trabalhos vinculados à esfera reprodutiva, são levadas a postos precários, como trabalhos terceirizados, e como consequência tem-se a formação de verdadeiros guetos.

As mulheres, por uma divisão sexual do trabalho<sup>18</sup> construída na sociedade moderna, são levadas a desempenharem diversas atividades que não estão vinculadas, em termos capitalistas, com as esferas produtivas<sup>19</sup>. Como cuidado do lar, planejamento das atividades do lar, cuidado com crianças e idosos e são incumbidas da reprodução da força de trabalho, ou seja, gestarem filhos<sup>20,21</sup>. As principais funções da reprodução da classe trabalhadora têm as suas atividades vinculadas fora do local de trabalho<sup>22</sup>. Contudo, nota-se materialidades diversas a depender da classe, cor da pele, origem, etnia, orientação sexual e identidade de gênero que são interseccionadas.

Objetiva-se demonstrar que as mulheres são marginalizadas dentro da divisão dos trabalhos e, por serem incumbidas com triplas jornadas, são levadas a ocupar postos precários.

Para isso inicia-se a discussão com a apresentação da teoria da reprodução social desenvolvida por Tithi Bhattacharya<sup>23</sup>, em seguida discute-se a precariedade e a desigualdade do trabalho feminino. Segue-se com a discussão dos impactos das atividades da esfera reprodutiva no trabalho feminino e finaliza-se com a demonstração, através de dados, que as mulheres ocupam os trabalhos terceirizados, formando assim, um verdadeiro gueto feminino nos moldes conceituados por Loïc Wacquant. Desenvolve-se o presente trabalho com uma perspectiva teórica, através do qual se utiliza o método da revisão bibliográfica para alcançar aos objetivos tratados.

---

<sup>18</sup> Helena Hirata e Danièle Kergoat (2007, p. 599) definem em duas concepções: a primeira estuda a distribuição diferencial entre homens e mulheres, ofícios e profissões, variações dessa distribuição no tempo e no espaço, analisando a sua associação à divisão desigual do trabalho doméstico entre os sexos. Por sua vez, a segunda acepção afirma que a divisão sexual do trabalho articula a descrição real como reflexão sobre os processos mediante os quais a sociedade utiliza essas diferenças para hierarquizar as atividades e, portanto, os sexos, para criar um sistema de gênero.

<sup>19</sup> HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa – Fundação Carlos Chagas*. São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.

<sup>20</sup> Não se retira aqui a discussão de que a gestação pode não estar estritamente às mulheres e sim as pessoas com útero, mas tomam-se aqui os dados em números quantitativos para apresentar essa discussão, discussão ligada à maternagem.

<sup>21</sup> BHATTACHARYA, Tithi. O que é a teoria da reprodução social? Tradução de Maíra Mee Silva e Mariana Luppi. *Outubro*. [S.l.], n. 32, 1. semestre de 2019. P. 103. Disponível em: [www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04\\_Bhattacharya.pdf](http://www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04_Bhattacharya.pdf).

<sup>22</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>23</sup> Idem, *Ibidem*.

## Teoria da reprodução social

Tithi Bhattacharya<sup>24</sup> apresenta a teoria da reprodução demonstrando como a forma da produção de bens e serviços está integrada com a produção da vida. Para que aconteça uma liberação das pessoas para a atividade produtiva existe uma preparação destas fora do âmbito da economia formal que acontece a um custo bem baixo para o capital<sup>25</sup>.

A autora elenca que existem três processos interconectados que contribuem para a inserção das pessoas e com a consecutiva produção de bens e serviços dentro da sociedade:

1. Atividades que regeneram a trabalhadora fora do processo de produção e que a permitem retornar a ele. Elas incluem, entre uma variedade de outras coisas, comida, uma cama para dormir, mas também cuidados psíquicos que mantêm uma pessoa íntegra.
2. Atividades que mantêm e regeneram não-trabalhadores que estão fora do processo de produção - isto é, os que são futuros ou antigos trabalhadores, como crianças, adultos que estão fora do mercado de trabalho por qualquer motivo, seja pela idade avançada, deficiência ou desemprego.
3. Reprodução de trabalhadores frescos, ou seja, dar à luz<sup>26</sup>.

O primeiro se refere a divisão sexual do trabalho, que decorre das relações sociais entre os sexos e é fator primordial para a sobrevivência da relação entre homens e mulheres<sup>27</sup>. Sua característica principal é a designação dos homens na esfera produtiva<sup>28</sup>, enquanto as mulheres são socialmente destinadas à esfera reprodutiva<sup>29</sup>. Assim, essas desigualdades são sistemáticas e ditam a inferiorização das mulheres nas relações de trabalho<sup>30</sup>.

Ao longo dos anos, com o avanço das indústrias e de novos serviços, algumas mulheres puderam ocupar novos cargos, avançando diante da iminente necessidade da indústria capitalista, e, parte delas pôde estabelecer relações de emprego em áreas masculinizadas. Contudo, tais mudanças não foram suficientes para superar o distanciamento entre os gêneros, que continuou condicionando mulheres à realização de tarefas domésticas e de cuidado, e precarizando o labor feminino no espaço produtivo.

---

<sup>24</sup> BHATTACHARYA, Tithi. O que é a teoria da reprodução social? Tradução de Maíra Mee Silva e Mariana Luppi. *Outubro*. [S.l.], n. 32, 1. semestre de 2019. P. 103. Disponível em: [www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04\\_Bhattacharya.pdf](http://www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04_Bhattacharya.pdf).

<sup>25</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>26</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>27</sup> HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa – Fundação Carlos Chagas*. São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.

<sup>28</sup> Em termos marxistas, é aquele que insere um bem ou serviço no mercado, capaz de gerar mais-valia, ou seja, autovalorização do valor decorrente do tempo de trabalho excedente à disposição do capitalista (MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Rubens Enderle. 2. ed. Campina: Boitempo, 2011).

<sup>29</sup> Em termos marxistas, é aquele que não gera mais-valia direta, pois é desenvolvido no âmbito lar, sem inserir nenhum bem ou serviço no mercado, imbricado na falaciosa esfera de afeto feminino (Idem).

<sup>30</sup> HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa – Fundação Carlos Chagas*. São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.

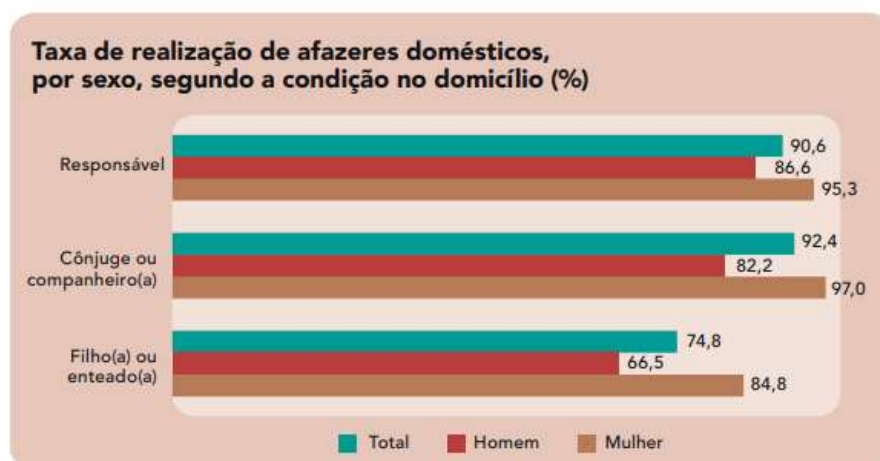


Neste compasso, traduz que essas atividades descritas por Bhattacharya são a base do capitalismo, visto que (re)produzem a/o trabalhador/a em sua esfera privada. De tal forma que na hora da contratação esse tipo de trabalho não é cobrado pela realização dessa preparação. É uma transferência na formação daquela pessoa para dentro de um sistema capitalista. Este custo é uma privatização dos custos sociais, o que é, paulatinamente, transferido às famílias.

No Brasil, em 2019, foi constatado que as mulheres realizavam 10,4 horas a mais do que os homens em atividades domésticas<sup>31</sup> ou em cuidado de pessoas<sup>32</sup>. Na mesma pesquisa ficou constatado que 92,1 % das mulheres realizavam alguma atividade de afazer doméstico enquanto a proporção dentre os homens era de 78,6 %<sup>33</sup>.

Como método da pesquisa, para explicar o que era afazer doméstico foram utilizadas questões que descrevem as atividades com resposta que a/o entrevistada/o deveria responder "sim" ou "não" para cada atividade<sup>34</sup>. Em todas as respostas, a taxa de realização de afazeres domésticos, por sexo, em qualquer condição de domicílio (responsável, cônjuge ou companheira/o, filha/o ou enteada/o), são maiores para as mulheres. Sobre isto, transporta-se o gráfico da pesquisa:

**Imagem 1** – Taxa de realização dos trabalhos domésticos



**Fonte:** IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019.

Desta maneira, percebe-se que as mulheres estão mais atribuídas e envolvidas com

<sup>31</sup> Na realização desta pesquisa foram considerados as pessoas com 14 anos ou mais, independentemente de sua ocupação, e como atividades domésticas forma considerados: 1. Preparar ou servir alimentos, arrumar a mesa ou lavar as louças; 2. Cuidar da limpeza ou manutenção de roupas e sapatos; 3. Fazer pequenos reparos ou manutenção do domicílio, do automóvel, de eletrodomésticos ou outros equipamentos; 4. Limpar ou arrumar o domicílio, garagem, quintal ou jardim; 5. Cuidar da organização do domicílio (pagar contas, contratar serviços, orientar empregados); 6. Fazer compras ou pesquisar preços de bens para o domicílio; 7. Cuidar dos animais domésticos; 8. Outras tarefas domésticas (IGBE, 2019).

<sup>32</sup> IBGE, Diretoria de Pesquisas. *Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua de 2019.*

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> Idem.

os trabalhos domésticos e de cuidado do que os homens no Brasil<sup>35</sup>, e que há uma tentativa de naturalização desses processos como femininos<sup>36</sup>. Existe, então, uma feminilização do cuidado<sup>37</sup>. Mas, ao contrário desta tentativa, o que se tem é uma construção social que atribuiu uma ordem patriarcal, baseada na exclusão das mulheres do trabalho assalariado e sua subordinação aos homens<sup>38</sup>. Existe, dentro do capitalismo, uma regeneração cotidiana da capacidade do trabalho que é destinada às mulheres, como um trabalho gratuito<sup>39</sup>.

Assim, pode-se destacar a conclusão de Tithi Bhattacharya de que o capitalismo é um sistema unitário que pode integrar desigualmente a esfera da reprodução e a esfera da produção, sendo que as mudanças em uma não reverberam necessariamente na outra<sup>40</sup>. Estas mudanças estão interligadas com a relação e ocupação das mulheres nos espaços públicos, na sua menor participação em cargos de chefia, mesmo que elas representem, estatisticamente, aquelas que têm mais qualificação. E, mesmo depois dessas constatações de ocupação do mercado formal, observa-se que a ocupação desses espaços de chefia e liderança não impacta nas tarefas do lar, que ainda estão sob responsabilidade da mulher, sendo aquelas de organização e gestão<sup>41</sup>, seja a delegação das suas atividades a outras mulheres mais subalternizadas<sup>42</sup>. Como as mulheres compatibilizam tantas horas de trabalho reprodutivo (não-pago) com as suas atividades do seu trabalho remunerado? A resposta parece estar vinculada com a sobreposição de jornadas e acumulação dos seus afazeres (para aquelas que conseguem ou é possível) ou mesmo a ocupação de postos de trabalho parciais<sup>43</sup>.

Percebe-se, então, que a base material da opressão realizada às mulheres está intimamente atrelada ao sistema capitalista e seu modo de funcionamento<sup>44</sup>. Assim, é interessante para o sistema capitalista a manutenção do status *a quo* e prevenir mudanças

<sup>35</sup> HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa – Fundação Carlos Chagas*. São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007. P. 575.

<sup>36</sup> COELHO, Bianca Lemos; SILVA, Kyara Mariana Corgosinho; BOMFIM, Rainer. A (in)eficácia de normas trabalhistas e discriminação interseccional da mulher no mercado de trabalho. *Cadernos do Direito*. [S.l.], v. 20, n. 39, 2021. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/41704275>; COELHO, Bianca Lemos; SILVA, Kyara Mariana Corgosinho; BOMFIM, Rainer. A divisão sexual do trabalho na mineração no quadrilátero ferrífero de Minas Gerais; apontamentos e questões introdutórias que (des)viabilização (novas) sujeitas que são exploradas na mineração. *Cadernos do Direito*. [S.l.], v. 20, n. 39, 2021. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/41704274>.

<sup>37</sup> VIEIRA, Regina Stela Correa. Trabalho e cuidado no Direito: perspectivas de sindicatos e movimentos feministas. *Estudos Avançados*. [S.l.], v. 34, n. 98, p. 57-72, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.005>. Acesso em 20 mar. 2021.

<sup>38</sup> FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Editora Elefante, 2017. p. 26-38.

<sup>39</sup> Idem, p. 26-27.

<sup>40</sup> BHATTACHARYA, Tithi. O que é a teoria da reprodução social? Tradução de Maíra Mee Silva e Mariana Luppi. *Outubro*. [S.l.], n. 32, 1. semestre de 2019. p. 104. Disponível em: [www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04\\_Bhattacharya.pdf](http://www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04_Bhattacharya.pdf).

<sup>41</sup> As atividades de organização e gestão aqui são entendidas como o planejamento da alimentação da casa, programação das atividades de limpeza, responsabilidade das compras e acompanhamento dos preços, planejar as atividades dos filhos, marcar consultas de rotina, dentre tantas.

<sup>42</sup> BHATTACHARYA, Tithi. Op. cit, p. 104-106.

<sup>43</sup> Idem, p. 106.

<sup>44</sup> Idem, p. 104.

amplas dentro da forma que são organizadas as relações de gênero, visto que mudanças reais podem, em última instância, afetar os lucros<sup>45</sup>. Isto posto, é preciso estudar as condições de desigualdade e precariedade que são impostas pelo sistema capitalista.

### **Precariedade e a desigualdade do trabalho feminino**

Tem-se observado o avanço de políticas reformistas dos direitos sociais brasileiro, no qual se percebe a transformação radial do trabalho remunerado que, cada vez mais, concretiza o projeto de governo neoliberal com a proteção do capital em detrimento dos/as trabalhadores/as<sup>46</sup>. Existe um movimento do estímulo ao individual em relação ao coletivo<sup>47</sup>.

A colonização do espaço jurídico com políticas de precarização mostra-se como frequente em toda a história brasileira, contudo, ataques e a demonstração de ações estatais e políticas recentes parecem ter finalidades específicas: o ataque a corpos precários<sup>48</sup> que estão alijados do capital e a imputação das atividades de cuidado para as famílias de formas individuais<sup>49</sup>.

Corpos precários aqui são entendidos a partir do enfoque de Judith Butler que apresenta a precariedade sobre dois enfoques: relacionalidade e finitude. A precariedade, em termos de relacionalidade, se dá pela exposição das pessoas ao mundo social e às suas possibilidades de contingência<sup>50</sup>. A finitude se manifesta no fato de que todos os seres humanos estão expostos ao convívio social; sempre se encontram em uma relação de exposição, o que denota que a existência pode ser findada a qualquer momento e, como decorrência disso, todos os seres humanos são absolutamente substituíveis<sup>51</sup>. Essa leitura deste segundo elemento deve ser feita dentro da lógica proposta pela autora de uma leitura não existencialista<sup>52</sup>.

Neste sentido, todos/as estão expostos/as à condição precária, dada a vulnerabilidade e a contingência. Entretanto, existem graus assimétricos de exposição a esses riscos eminentemente sociais, o que a autora chama de condição precária<sup>53</sup>. Esse conceito é desenvolvido no sentido de demonstrar que existe uma distribuição diferencial

---

<sup>45</sup> BHATTACHARYA, Tithi. O que é a teoria da reprodução social? Tradução de Maíra Mee Silva e Mariana Luppi. *Outubro*. [S.l.], n. 32, 1. semestre de 2019. p. 109. Disponível em: [www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04\\_Bhattacharya.pdf](http://www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04_Bhattacharya.pdf).

<sup>46</sup> DARDOT Pierre; LAVAL, Cristian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

<sup>47</sup> Essa estratégia é tipicamente utilizada pelo Neoliberalismo. Este é uma forma de governança e de intervenção econômica que depende de uma ação estatal abrangente, em que se objetiva dominação da lógica do capital e das relações sociais (DARDOT, LAVAL, 2016, p. 16-33). Trata-se de uma racionalidade que visa homogeneizar a experiência individual e coletiva para flexibilizar todas as esferas em nome da razão econômica (Idem, p. 16-33).

<sup>48</sup> BUTLER, Judith. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019b.

<sup>49</sup> BHATTACHARYA, Tithi. Op. cit, p. 109.

<sup>50</sup> BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: Quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020a. p. 19-25.

<sup>51</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>52</sup> Idem, p. 19-26.

<sup>53</sup> Idem, p. 24-29.

da precariedade pelos próprios marcadores sociais, amplificando as condições precárias de determinados indivíduos, que são escolhidos pela sociedade. Esta condição está inserida em certas populações que sofrem com redes sociais e econômicas de apoio diferenciado em relação às outras e ficam expostas de forma diferenciada às violações, às violências, aos riscos sociais e, conseqüentemente, à morte<sup>54</sup>.

Assim, camadas privilegiadas estão inseridas ao mínimo de precariedade em relação às outras. Aquelas que se adequam a subjetividade neoliberal, ao seu padrão de consumo, dentro das relações trabalhistas de maior prestígio social estão expostas a um menor risco social. Estas leituras devem ser localizadas pelas inter-relacionalidades destas camadas de privilégio em termos de raça, gênero, sexualidade, condição social, nacionalidade, identidade de gênero, entre tantos outros.

Grupos vivenciam condições de estruturas sociopolíticas que tornam sua existência mais precária em relação às outras, sendo que são mais vulneráveis em sua existência, o que inclui as condições de acesso a direitos. Discutir o valor diferenciado dado à vida humana pode revelar uma percepção de que existem vidas que valem mais do que outras, ou que devem ser mais protegidas do que outras. Isso é denotado em nível de grupos que são excluídos da sociedade por meio da ação institucional do Estado.

A comprovação dessa política de governo neoliberal aparece marcada pelo avanço do direito contratual sobre o Direito do Trabalho, concretizada com a legitimação do negociado sobre o legislado (consagrado com a Lei nº 13.467/2017), a extinção do Ministério do Trabalho e Emprego em 2018, a Reforma da Previdência em 2019, a Lei 13.874/2019 (chamada de Lei da Liberdade Econômica), que dificulta o acesso aos bens dos/as empregadoras/es, as Medidas Provisórias nº 927, 936, 944 e 945 todas de 2020. Enfim, são ataques institucionalizados ao emprego formal que se mostram como uma avassaladora forma de ataque do capital aos/trabalhadores/as. Percebe-se que a política de reformas é um processo<sup>55</sup>.

Percebe-se, então, que as desigualdades econômicas são enfrentadas de acordo com a materialidade-histórica dos indivíduos<sup>56</sup> e que na sociedade contemporânea existe um realce na ótica de meritocracia, ou seja, do mérito individual que está destruindo a realidade dos direitos sociais. Isso aumenta a precariedade dos indivíduos em termos econômicos e sociais.

Dessa maneira, considerando a necessidade da leitura localizada das relações de trabalho como relações de poder deve se observar a existência do direcionamento de determinados grupos sociais a setores e ramos específicos do trabalho. Analisa-se a forma como as mulheres, principalmente as negras, são levados a postos de trabalho precarizados pela sua atribuição social de triplas jornadas de trabalho (cuidado<sup>57</sup>,

<sup>54</sup> BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: Quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020a. p. 45-47.

<sup>55</sup> ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *Neoliberalismo, subjetividades e mutação antropológica e política*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

<sup>56</sup> LUGONES, Maria. Rumo ao feminismo descolonial. *Revista de Assuntos Feministas REF*. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, v. 22, n. 3, set./dez. 2014. p. 942-943.

<sup>57</sup> Helena Hirata e Guita Grin Debert (HIRATA, Helena; DEBERT, Guita Grin. Apresentação. *Cadernos Pagu*. Campinas, n. 46, p. 7-15, jan./abr. 2016. p. 7. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201600460007>)

reprodutivo e produtivo) e pela existência de uma pré-formatação discriminatória dos seus postos de trabalho.

### **Guetização das mulheres em trabalhos terceirizados no Brasil**

A exploração é considerada uma relação mediada através dos processos de produção, sendo esta uma característica de todas as sociedades de classes e a força motivadora é a produção de mercadorias<sup>58</sup>. Neste ínterim, não podemos atribuir apenas as mulheres o papel da exploração dentro de uma sociedade capitalista.

Contudo, determinadas nuances dessa exploração são sobrepostas em razão do gênero, classe e da raça daquela pessoa. Assim, Romina Lerussi<sup>59</sup> apresenta que existe uma subdelegação das margens do mundo do trabalho para as mulheres nas quais elas são responsáveis pelo trabalho doméstico, pelo trabalho de cuidado, são mais exploradas enquanto trabalhadoras sexuais (chamados por ela de mercados nocivos), são levadas a postos com condições de subemprego para conseguir se inserir dentro da sociedade e sobreviver.

Esta manifestação é percebida também dentro da realidade brasileira, visto que as mulheres são levadas a estes postos como uma forma de garantir a sua subsistência e do seu núcleo familiar.

Inicialmente, faz-se necessário compreender o histórico da terceirização no Brasil para demonstrar, posteriormente, sua vinculação com o trabalho feminino.

### **Terceirização e o contexto normativo brasileiro**

A terceirização é um fenômeno jurídico e social que desde a década de 1970 se desenvolve de forma gradativa no Brasil<sup>60</sup>. Terceirizar consiste na transferência de parcela da execução da mão de obra para uma empresa prestadora de serviços, sendo que o que estaria se contratando é uma prestação de serviços específicos e não a mão de obra de um/a trabalhador/a<sup>61</sup>.

Para Rachel Gouveia Passos e Cláudia Mazzei Nogueira<sup>62</sup> trata-se de uma das for-

---

definem que a atividade de cuidado perpassa por “processos, relações e sentimentos entre pessoas que cuidam uma das outras”. Para Pautassi (PAUTASSI, Laura C. El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. [S.l.], v. 68, n. 272, p. 717-742, sept./dic. 2018. p. 719-723. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67588>) deve-se entender que as tarefas e atividades de cuidado devem ser uma formulação em bases universais, visto que a perspectiva é vinculada com o cuidado e autocuidado.

<sup>58</sup> MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Rubens Enderle. 2. ed. Campina: Boitempo, 2011. p. 208-215.

<sup>59</sup> LERUSSI, Romina. Escritos para una filosofía feminista del derecho laboral. *Estudios del Trabajo. Revista de la Asociación Argentina de Especialistas en Estudios del Trabajo (ASET)*. [S.l.], n. 56, 2018. p. 17-20. Disponível em: <https://aset.org.ar/ojs/revista/article/view/37>.

<sup>60</sup> PASSOS, Rachel Gouveia; NOGUEIRA, Cláudia Mazzei. O fenômeno da terceirização e a divisão sociosexual e racial do trabalho. *Katal*. [S.l.], v. 21, n. 3, p. 484-503, set./dez. 2018 p. 485.

<sup>61</sup> SEVERO, Valdete Souto. Terceirização: o perverso discurso do mal menor. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 27, n. 322, p. 285-310, abr. 2016.

<sup>62</sup> PASSOS, Rachel Gouveia; NOGUEIRA, Cláudia Mazzei. O fenômeno da terceirização e a divisão sociosexual e racial do trabalho. *Katal*. [S.l.], v. 21, n. 3, p. 484-503, set./dez. 2018. p. 485.



mas mais nefastas de aumento da precarização da classe trabalhadora, pois, além de rebaixar os salários, promove perda de direitos trabalhistas. Ademais, se mostra como uma forma de contenção de custos com a mão de obra, com um possível ganho de eficácia e produtividade aos custos de perda de direitos trabalhistas<sup>63</sup>.

A primeira súmula que tratou do tema foi o Enunciado n° 256<sup>64</sup> do Tribunal Superior do Trabalho no ano de 1986. Em 1993, esta foi revisitada e ampliada sendo "regulamentada" pela Súmula 331<sup>65</sup> do Tribunal Superior do Trabalho que permitia a terceirização nas atividades-meio e proibia a terceirização nas atividades-fim.

Contudo, em 2017, durante o governo de Michel Temer, teve-se a promulgação das Leis n° 13.429/2017 e 13.467/2017 na qual se permitia a terceirização de qualquer atividade, sem a limitação estabelecida na referida súmula. Maurício Godinho Delgado define a terceirização como

(...) É o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados em uma entidade interveniente<sup>66</sup>.

O Ministério Público Federal propôs a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 324, na qual objetivava a inconstitucionalidade da referida lei. Entretanto, o Pleno do Supremo Tribunal Federal estabeleceu, em sede de controle concentrado, o tema 725 com a seguinte tese:

É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada; II - A terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993<sup>67</sup>.

Desta maneira foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade da terceirização de toda a atividade e que isto não seria configurada a relação de emprego entre trabalhador e tomador. Foi uma política de precarização proposta pelo Executivo,

<sup>63</sup> SEVERO, Valdete Souto. Terceirização: o perverso discurso do mal menor. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 27, n. 322, p. 285-310, abr. 2016.

<sup>64</sup> "Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços" (BRASIL, 1983)

<sup>65</sup> "SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial" (BRASIL, 1993)

<sup>66</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 540.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tema 725, publicada em 06/06/2018.



aprovada no Legislativo e legitimada pelo Judiciário. Assim, vê-se que o Direito do Trabalho é utilizado a serviço das empresas e não dos/as empregados/as, de tal modo a inverter a lógica progressista desse ramo jurídico<sup>68</sup>.

Nota-se uma dissociação entre a entrega de trabalho e a existência de uma relação de emprego com aquele em que se contrata<sup>69</sup>. Desta forma, o trabalho se transforma em mercadoria, sendo apenas uma prestação de serviços mediadas por um contrato que não se tem a percepção de direitos trabalhistas com o seu empregador direto.

Tem-se, como já foi demonstrado, um nítido desmonte dos direitos trabalhistas pela progressiva informalização (trabalhos sem carteira assinada) e a terceirização que acarreta perda de parte dos direitos trabalhistas<sup>70</sup>.

### Guetização do trabalho feminino

A concepção utilizada neste trabalho é desenvolvida por Loïc Wacquant<sup>71-72</sup> na acepção formal do seu termo, na qual se estabelece que gueto é a materialização da dominação etno-racial por meio da segmentação espacial da cidade. Então, guetos não são áreas naturais como produtos da história da migração, mas sim uma forma especial de violência coletiva que é impetrada no espaço urbano, na qual se acumula espaços de guetização, pobreza e segregação<sup>73</sup>.

Assim, se estabelece que ao conceituar a terceirização como um gueto feminino observa-se este espaço como forma de segregação do trabalho feminino ao enclausurar mulheres em trabalhos precários e com menos garantias, visto que, até 2018, tinha-se 4.9 milhões de mulheres em postos de trabalhos terceirizados, o que representa 41,1% dos postos ocupados<sup>74</sup>.

Contudo, embora não sejam a maioria em postos numéricos, o que se destaca é um aumento em termos absolutos e relativos da sua participação ano após ano<sup>75</sup>. Como pode se observar na tabela:

---

<sup>68</sup> BITARÃES, Ana Cecília de Oliveira; SANTOS, Michel Carlos Rocha. Da condição da mulher em contexto da mão de obra. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. [S.l.], v. 65, p. 139-163, jan./jun. 2019.

<sup>69</sup> SEVERO, Valdete Souto. Terceirização: o perverso discurso do mal menor. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 27, n. 322, p. 285-310, abr. 2016.

<sup>70</sup> PASSOS, Rachel Gouveia; NOGUEIRA, Cláudia Mazzei. O fenômeno da terceirização e a divisão sociosexual e racial do trabalho. *Katal*. [S.l.], v. 21, n. 3, p. 484-503, set./dez. 2018. p. 486.

<sup>71</sup> Não é possível utilizar a dimensão sociológica desenvolvida pelo autor no sentido de formar também uma máquina de identidade coletiva (WACQUANT, Loïc. Que é gueto? Construindo um conceito sociológico. *Rev. Sociol. Polit.* [S.l.], n. 23, p.155-164, 2004. p. 155-162. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782004000200014>), visto que a maioria das pessoas ficam nos seus trabalhos terceirizados menos de um ano (RODRIGUES, Francisco Demetrius Monteiro; SANTOS, José Márcio dos; SILVA, Priscila de Souza. Perfil dos trabalhadores terceirizados no Brasil. *Revista da ABET*. [S.l.], v. 19, n. 1, p. 196-185, jan./jun. 2020).

<sup>72</sup> Idem, p. 162.

<sup>73</sup> Idem, p. 155.

<sup>74</sup> RODRIGUES, Francisco Demetrius Monteiro; SANTOS, José Márcio dos; SILVA, Priscila de Souza. Op. cit, p. 173.

<sup>75</sup> RODRIGUES, Francisco Demetrius Monteiro; SANTOS, José Márcio dos; SILVA, Priscila de Souza. Perfil dos trabalhadores terceirizados no Brasil. *Revista da ABET*. [S.l.], v. 19, n. 1, p. 196-185, jan./jun. 2020. p. 173.

**TABELA 1 – TRABALHADORES TERCEIRIZADOS NO MERCADO DE TRABALHO FORMAL, SEGUNDO O SEXO – BRASIL, 2006-2018**

Sexo	2006		2018		Variação (%) 2006/2018
	n.º	%	n.º	%	
Masculino	4.649.265	63,0	6.998.434	58,7	50,5
Feminino	2.729.261	37,0	4.923.750	41,3	80,4
Total	7.378.526	100,0	11.922.184	100,0	61,6

Fonte: Rais, 2018.

Observa-se que as mulheres aumentaram a ocupação destes postos de maneira gradativa no intervalo de 2006-2018. Nota-se, ainda, que esta ocupação é feita de forma setORIZADA, com maior ocupação massiva das mulheres em atividades de limpeza e conservação<sup>76</sup>. Essas atividades são ligadas ao trabalho reprodutivo remunerado, e a elas supostamente não estão ligadas a produção direta de um produto. Vislumbra-se que estas mulheres estão interligadas na produção de qualquer que seja aquele produto, visto que são as responsáveis pelas atividades de viabilização do trabalho produtivo e o custo das suas atividades está acoplado no valor final. Aí se revela a crueldade da terceirização destas atividades, que busca baratear os custos trabalhistas pela contratação de serviços e uma desumanização das pessoas que exercem tais atividades. Ou seja, há uma despersonalização da atividade realizada por um/a funcionário/a ao se adotar a impessoalidade da contratação por serviços, tudo com foco na lucratividade.

Ademais, identifica-se que existe uma grande rotatividade de ocupação destes postos, com a maioria absoluta com salários entre um a três salários mínimos, mostrando a fungibilidade desses corpos, sendo que a maior parte das trabalhadoras está nestes postos entre um e menos de três anos<sup>77</sup>. Como trazem:

Como corolário, o trabalho terceirizado corriqueiramente é sinônimo de redução de custos e competitividade para o empregador, mas também de baixos rendimentos, jornada de trabalho indeterminada, rotatividade do emprego, discriminação social e de direitos e, por fim, invisibilidade de classe para o empregado, que é rebaixado ao papel de ser inferior. Assim, representa uma modernidade que corrompe as condições de trabalho<sup>78</sup>.

Da mesma forma, percebe-se que existe um percentual de mulheres negras que está em trabalhos precários<sup>79</sup>. De tal modo, que a terceirização precariza a força de trabalho de mulheres e de forma mais acentuada a força de trabalho da mulher negra<sup>80</sup>. Portanto, ao analisar as vertentes de sobreposição do trabalho da terceirização com o trabalho reprodutivo, identifica-se que existem mulheres que sofrem mais com a

<sup>76</sup> RODRIGUES, Francisco Demetrius Monteiro; SANTOS, José Márcio dos; SILVA, Priscila de Souza. Perfil dos trabalhadores terceirizados no Brasil. *Revista da ABET*. [S.l.], v. 19, n. 1, p. 196-185, jan./jun. 2020. p. 173.

<sup>77</sup> Idem, p. 177-180.

<sup>78</sup> Idem, p. 180.

<sup>79</sup> PASSOS, Rachel Gouveia; NOGUEIRA, Cláudia Mazzei. O fenômeno da terceirização e a divisão sociosexual e racial do trabalho. *Katal*. [S.l.], v. 21, n. 3, p. 484-503, set./dez. 2018. p. 489-490.

<sup>80</sup> Idem, *Ibidem*.

precarização do que outras, não apenas por uma construção histórica da divisão sexual do trabalho, mas, sobretudo, de uma divisão racial-sexual do trabalho que reserva lugares precários de trabalho a determinados corpos, indicando quem pode ou não ocupar os espaços de trabalho<sup>81</sup>) e reproduzindo a guetização do trabalho feminino.

### Considerações finais

Desta forma, parece urgente a discussão do trabalho feminino em suas diversas dimensões demarcando pressupostos e marco teórico. Neste trabalho apresentou-se a inter-relação do trabalho da mulher com a ocupação de subempregos vinculados com a teoria da reprodução social, na qual são destinados trabalhos precários e horas de trabalho a mais para as mulheres do que aos homens, contribuindo para a formação de guetos femininos no mercado de trabalho.

Neste compasso, a vinculação do gueto com o trabalho feminino acontece quando se tem uma maior atribuição do trabalho reprodutivo para as mulheres, seguido da necessidade de desenvolver as atividades de cuidado com todos/as aqueles/as que estão no seu núcleo familiar e terem que trabalhar no setor produtivo.

Contudo, essa ocupação das mulheres no mercado formal acontece de forma precária, visto que quando se tem uma possibilidade de inclusão no setor produtivo elas tem duas escolhas: aceitar o trabalho e acumular todo o trabalho reprodutivo ou delegar a outra mulher aquele trabalho reprodutivo – normalmente negra e com baixa qualificação e baixo salário – reproduzindo o ciclo de exclusão social e de subdelegação feminina do trabalho de cuidado.

Assim, trabalhos domésticos são estabelecidos como secundários e que não geram valor e são menos valorizados dentro do mercado produtivo e da mesma forma as mulheres, por esta sobreposição de trabalhos e por serem discriminadas dentro do mercado de trabalho, são levadas a postos mais precários com menos garantias e grandes exigências de produtividades, como a terceirização analisada neste artigo.

Feitas estas considerações, tem-se a confirmação da hipótese apresentada, na qual se observa que as mulheres, por realizarem os trabalhos vinculados à esfera reprodutiva, são levadas a postos precários, como trabalhos terceirizados, formando verdadeiros guetos no sentido formal estabelecido por Loïc Wacquant.

### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *Neoliberalismo, subjetividades e mutação antropológica e política*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

---

<sup>81</sup> Idem, *Ibidem*; VERGÈS, Françoise. *Um feminismo decolonial*. Tradução de Jamille Pinheiro Dias Raquel Camargo. São Paulo: Ubu, 2020. p. 17-24.

BAKAN, Abigail B. Marxismo e antirracismo: repensando a política da diferença. Tradução de Becca Freitas. In: *Outubro*. [S.l.], n. 27, nov. 2016. Disponível em: [www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2016/11/02\\_Bakan\\_2016.pdf](http://www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2016/11/02_Bakan_2016.pdf).

BHATTACHARYA, Tithi. O que é a teoria da reprodução social? Tradução de Maíra Mee Silva e Mariana Luppi. *Outubro*. [S.l.], n. 32, 1. semestre de 2019. Disponível em: [www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04\\_Bhattacharya.pdf](http://www.outubrorevista.com.br/wpcontent/uploads/2019/09/04_Bhattacharya.pdf).

BITARÃES, Ana Cecília de Oliveira; SANTOS, Michel Carlos Rocha. Da condição da mulher em contexto da mão de obra. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. [S.l.], v. 65, p. 139-163, jan./jun. 2019. Disponível em [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/162534/2019\\_bitaraes\\_a\\_na\\_condicao\\_mulher.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/162534/2019_bitaraes_a_na_condicao_mulher.pdf?sequence=1&isAllowed=y) Acesso dia 28 mar. 2021.

BUTLER, Judith. *Corpos que importam: os limites discursivos do "sexo"*. São Paulo: N-1 Edições, 2019a.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: Quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020a.

BUTLER, Judith. *The force of non- violence: an ethico - political bind*. London: Verso, 2020b.

BUTLER, Judith. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019b.

COELHO, Bianca Lemos; SILVA, Kyara Mariana Corgosinho; BOMFIM, Rainer. A divisão sexual do trabalho na mineração no quadrilátero ferrífero de Minas Gerais; apontamentos e questões introdutórias que (des)viabilização (novas) sujeitas que são exploradas na mineração. *Cadernos do Direito*. [S.l.], v. 20, n. 39, 2021. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/41704274>.

COELHO, Bianca Lemos; SILVA, Kyara Mariana Corgosinho; BOMFIM, Rainer. A (in)eficácia de normas trabalhistas e discriminação interseccional da mulher no mercado de trabalho. *Cadernos do Direito*. [S.l.], v. 20, n. 39, 2021. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/41704275>.

CORAIDE, Marco Túlio; PEREIRA, Flávia Souza Máximo. Trabalho preto, instituições brancas: a personalidade racializada na relação de emprego no Brasil. *Teoria Jurídica Contemporânea*. [S.l.], v. 6, 2021.

DARDOT Pierre; LAVAL, Cristian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Tema Terceirização. *Nota técnica 172*. Terceirização e precarização das condições de trabalho. 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>. Acesso em 28 mar. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

HARAWAY, Donna. Saberes Localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva radical. *Cadernos Pagu*. Campinas, p. 7-41, 1995.

HIRATA, Helena; DEBERT, Guita Grin. Apresentação. *Cadernos Pagu*. Campinas, n. 46, p. 7-15, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201600460007>.

Disponível em:

<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645350>.

Acesso em 19 jun. 2020.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa – Fundação Carlos Chagas*. São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.

IBGE, Diretoria de Pesquisas. *Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua de 2019*.

LERUSSI, Romina. Escritos para una filosofía feminista del derecho laboral. *Estudios del Trabajo. Revista de la Asociación Argentina de Especialistas en Estudios del Trabajo (ASET)*. [S.l.], n. 56, 2018. Disponível em:

<https://aset.org.ar/ojs/revista/article/view/37>.

LERUSSI, Romina; PÁRRAGA; Francisco Trillo. Presentación del dossier un nuevo derelho del trabajo para el mundo actual. Ensanchar la base y expandir la imaginación. *Teoría Jurídica Contemporânea*. 2021. Disponível em:

<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/e44413/24017>

LUGONES, Maria. Rumo ao feminismo descolonial. *Revista de Assuntos Feministas REF*. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, v. 22, n. 3, set./dez. 2014.

Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/issue/view/2211/showToc>. Acesso em 23 set. 2017.

MARCONDES, Mariana Mazzini; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Perspectiva de gênero nas licenças por nascimento: uma análise do Brasil, da Argentina e do Uruguai durante governos de esquerda. *Revista de Informação Legislativa: RIL*. Brasília, v. 57, n. 228, p. 11-36, out./dez. 2020. Disponível em:

[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p11](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p11).



MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Rubens Enderle. 2. ed. Campina: Boitempo, 2011.

MÁXIMO PEREIRA, Flávia Souza; BERSANI, Humberto. Crítica à interseccionalidade como método de desobediência epistêmica no Direito do Trabalho brasileiro. *Revista direito e práxis*. [S.l.], v. 11, p. 2.743-2.772, 2020.

MÁXIMO PEREIRA, Flávia Souza; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os segredos epistêmicos do Direito do trabalho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. [S.l.], 2020. p. 520-545.

PASSOS, Rachel Gouveia; NOGUEIRA, Cláudia Mazzei. O fenômeno da terceirização e a divisão sociosexual e racial do trabalho. *Katal*. [S.l.], v. 21, n. 3, p. 484-503, set./dez. 2018.

PAUTASSI, Laura C. El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. [S.l.], v. 68, n. 272, p. 717-742, sept./dic. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67588>. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/67588/59318>. Acesso em 22 jun. 2020.

RODRIGUES, Francisco Demetrius Monteiro; SANTOS, José Márcio dos; SILVA, Priscila de Souza. Perfil dos trabalhadores terceirizados no Brasil. *Revista da ABET*. [S.l.], v. 19, n. 1, p. 196-185, jan./jun. 2020.

SEVERO, Valdete Souto. Terceirização: o perverso discurso do mal menor. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 27, n. 322, p. 285-310, abr. 2016.

SEVERO, Valdete Souto. *Terceirização: o perverso discurso do mal menor*. 2015. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/terceirizacao-o-perverso-discurso-do-mal-menor/terceirizacao-o-perverso-discurso-do-mal-menor.pdf>. Acesso em 20 mar. 2021.

VERGÈS, Françoise. *Um feminismo decolonial*. Tradução de Jamille Pinheiro Dias Raquel Camargo. São Paulo: Ubu, 2020.

VIEIRA, Regina Stela Correa. Trabalho e cuidado no Direito: perspectivas de sindicatos e movimentos feministas. *Estudos Avançados*. [S.l.], v. 34, n. 98, p. 57-72, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.005>. Acesso em 20 mar. 2021.

WACQUANT, Loïc. Que é gueto? Construindo um conceito sociológico. *Rev. Sociol. Polit.* [S.l.], n. 23, p.155-164, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782004000200014>.

Data de Recebimento: 15/10/2021.

Data de Aprovação: 08/12/2021.





## A LEGITIMIDADE DO STF NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### THE LEGITIMACY OF THE STF IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

*Wiliam Roque Borges\**

*Doacir Gonçalves de Quadros\*\**

#### RESUMO

Este artigo reflete sobre a função do Supremo Tribunal Federal relativamente à revisão judicial das leis, atuando como intérprete da Constituição. Transversalmente a essa reflexão, pretende-se inquirir por meio dos pressupostos do Estado democrático e constitucional sobre a legitimidade do STF como intérprete do texto constitucional, destacando-se o dinamismo e o ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais. O método adotado é o analítico-dedutivo a partir da reflexão teórica sobre a literatura que trata do Estado democrático de Direito, do constitucionalismo, da revisão judicial e do ativismo judicial. Conclui-se que a Constituição Federal de 1988 concretizou no Brasil os pressupostos básicos do Estado democrático de Direito concomitantemente à concessão ao Poder Judiciário e à Justiça Constitucional da condição de garantidores dos valores materiais positivados na Constituição. Tal faculdade visa a assegurar e a resguardar a democracia em que a participação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais torna-se essencial e imperativa.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Constitucionalismo; STF e Revisão Judicial; Direito das minorias; Poder Judiciário.

#### ABSTRACT

This article reflects on the role of the Supreme Court in judicial review of laws acting as interpreter of the Constitution. Across this reflection, it is intended to inquire through the assumptions of the Democratic and Constitutional State the legitimacy of the Supreme Court as an interpreter of the constitutional text, highlighting a dynamism and activism in the implementation of constitutional precepts. The method adopted is analytical-deductive based on theoretical reflection on the literature that deals with the Democratic Rule of Law, Constitutionalism, judicial review and judicial activism. It is concluded that the Federal Constitution of 1988 materialized in Brazil the basic assumptions of

\* Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional – Uninter (Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER), sob a orientação da Profa. Dra. Andreza Cristina Baggio. Advogado. Conciliador e Mediador Judicial com formação pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Paraná (Nupemec), do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no ano de 2016. Curitiba-PR. Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9639213642770951>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2260-3166>. Endereço eletrônico: [wilianrborges@gmail.com](mailto:wilianrborges@gmail.com).

\*\* Doutor em Sociologia (UFPR). Professor de Ciência Política e do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política” (Uninter), Curitiba, Paraná, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1155024846734406> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6652-9738>. Endereço eletrônico: [dgquadros2001@yahoo.com.br](mailto:dgquadros2001@yahoo.com.br).

---

the Democratic State of Law, concurrently with the concession to the Judiciary and the Constitutional Justice as guardians of the material values affirmed in the Constitution. This faculty aims to ensure and safeguard democracy in which the participation of the Judiciary Power in the realization of fundamental rights becomes essential and imperative.

KEYWORDS: Democratic Rule of Law; Constitutionalism; Supreme Court and Judicial Review; Minority Law; Judicial Power.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 alterou substancialmente a sistemática até então existente, colocando novas questões ao Direito brasileiro. Além de estabelecer o Estado democrático de Direito, trouxe em seu texto um extenso rol de direitos sociais e individuais e, além disso, entre outras previsões, regulamentou a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais, nos termos do art. 2º, são independentes e harmônicos entre si.

Cada Poder possui uma função típica, sendo que a nova Carta Magna passou a admitir uma intervenção do Judiciário no Executivo e Legislativo, exercendo uma espécie de *freio e contrapeso*, realizada por meio do exercício da jurisdição constitucional com mecanismos de fiscalização e controle da constitucionalidade dos atos do Legislativo e Executivo. Com a ampliação das competências do Judiciário, ampliou-se sua forma de atuação, deixando este de ser um mero aplicador da lei ao caso concreto, para atuar de maneira mais ativa e com maior liberdade de interpretação e atuação.

Como a Constituição aplica-se a todos os cidadãos e aos poderes da República e é o documento máximo da nação, no presente artigo será abordado o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na condição de guardião da Constituição. Ao atuar como Corte Constitucional, o STF procede à interpretação do próprio texto constitucional e à revisão das leis, partindo-se do pressuposto de que a Constituição é um conjunto de normas, regras, princípios e valores que não só criam direitos, deveres e diretrizes, mas também estruturam e definem os limites de poder ou da autoridade do governo. Pretende-se inquirir por meio das regras democráticas sobre a legitimidade do STF na atividade de pronunciar e interpretar as palavras do texto constitucional, destacando-se o seu dinamismo e seu ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais. O método adotado é o analítico-dedutivo, a partir da reflexão teórica sobre a literatura que trata do Estado democrático de Direito, do constitucionalismo, da revisão judicial e do ativismo judicial.

Na parte inicial do presente artigo serão tecidas breves considerações acerca do procedimento da revisão judicial e do fenômeno do ativismo judicial. Posteriormente se reflete sobre o papel atribuído ao STF pelo Poder Constituinte no controle de constitucionalidade, analisado em específico o artigo 102 da Constituição Federal de

1988, passando pela disposição existente no “Preâmbulo” da Carta Magna. Pretende-se verificar a legitimidade da Corte na atividade de pronunciar e interpretar as palavras do texto constitucional, destacando-se o dinamismo e o ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais.

Finaliza-se destacando-se que o Brasil constitui-se em um Estado democrático de Direito, uma vez que suas instituições funcionam pautadas na Constituição; além disso, o Poder Constituinte, ao estabelecer que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, garantiu, por meio do STF, o fortalecimento do procedimento democrático no Brasil.

### **Breves considerações acerca da revisão judicial e do ativismo judicial**

As constituições de cada país, além de conterem normas que estruturam o Estado, devem ser o padrão para a interpretação das leis; sempre que houver uma evidente contradição ou falta de legislação acerca de determinado assunto, quer seja devido à ausência de previsibilidade do legislador, quer seja devido à mutação social, deverá prevalecer o dispositivo constitucional. Em outras palavras, deve-se conservar a aspiração do constituinte; tal fato ocorre na maioria das vezes pela interpretação judicial<sup>1</sup>.

Embora existam críticas acerca da possibilidade e/ou da necessidade de interpretação e revisão judicial das leis, compete às Cortes Constitucionais a análise dos atos do Legislativo e do Executivo ao verificar se estes estão de acordo com a Constituição – afinal, não faria sentido que o mesmo espírito que criou a lei também a interpretasse. Parte-se do pressuposto de que se homens infringiram a Constituição no papel de legisladores, seria pouco provável que eles estivessem dispostos a reparar seus equívocos quando fossem investidos do papel de juízes<sup>2</sup>.

No Estado democrático de Direito, o protagonismo do Poder Judiciário na interpretação e na revisão judicial das leis é um dos temas que geram inúmeras discussões. Embora muitas vezes autorizado pelo Poder Constituinte a proceder a tais atos, discute-se se, ao realizar tais análises, não estaria o Judiciário violando a separação dos poderes<sup>3</sup>. Nesse sentido, existem apontamentos de que o Poder Judiciário, ao analisar e invalidar determinada lei, a qual foi aprovada pelo Poder Legislativo depois de respeitadas todas as regras do procedimento democrático, ofenderia a regra majoritária.

---

<sup>1</sup> Outra forma de alteração do texto constitucional dá-se pelas emendas constitucionais aprovadas pelo Poder Legislativo, as quais não são objeto do presente artigo.

<sup>2</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009. p. 51-78.

<sup>3</sup> No que tange às discussões geradas pela atuação do Poder Judiciário, deve-se ter cuidado com as *fake news* (notícias falsas). “Neste sentido, as redes sociais, pela alta capacidade de divulgar ideias e também coletar informações dos usuários, são um campo propício para as *fake news*, que disseminam a ideia de impossibilidade de convívio com a diversidade e passam a fomentar um conteúdo que atenta contra os direitos fundamentais, pela via do discurso do ódio, revelando preconceitos velados e ofendendo a dignidade [...]” (CAMARGO; Amanda de Souza *et al.* Democracia e política em tempos de *fake news*. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 127-136, 2020. p. 133-134).

Questiona-se, ainda, o que torna mais legítima a revisão judicial das leis do que a lei promulgada pelo Legislativo.

Para análise de tais apontamentos, é possível destacar que, se a Constituição é a lei máxima de cada país, qualquer lei ou ato do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que não estiver de acordo com o texto constitucional não é válido, uma vez que todos devem ter como norte os próprios ditames constitucionais; além disso, é claro que a Constituição aplica-se tanto ao Poder Judiciário quanto aos poderes Legislativo e Executivo. De fato, uma Constituição é a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes e a estes cabe a interpretação de seus dispositivos, não havendo superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, ou do Judiciário sobre o Executivo. Sempre que o Legislativo ou o Executivo se opuser ao povo e à Constituição, a Constituição deve prevalecer<sup>4</sup>.

Quando se questiona o que torna mais legítima a revisão judicial das leis do que as leis promulgadas pelo Poder Legislativo, deve ser levado em conta que na análise das leis pelo Poder Judiciário buscar-se uma contextualização melhor do dispositivo legal com seu efetivo significado, ou seja, o intérprete da lei deve buscar qual o verdadeiro sentido do dispositivo constitucional.

O autor Luc B. Tremblay, ao tratar da legitimidade da revisão judicial, destaca que:

The theory of “institutional dialogue,” as I shall call it, may be seen as a Canadian contribution to the debate over the democratic legitimacy of judicial review. According to this theory, the courts and the legislatures participate in a dialogue regarding the determination of the proper balance between constitutional principles and public policies, and this being the case, there is good reason to think of judicial review as democratically legitimate. It is an ongoing dialogue because the judiciary does not necessarily have the last word with respect to constitutional matters and policies; the legislatures would almost always have the power to reverse, modify, or void a judicial decision nullifying legislation and, therefore, to achieve their social or economic policy ends. Consequently the counter majoritarian objection to judicial review cannot be sustained<sup>5</sup>.

Tremblay destaca que existe um “diálogo institucional” entre tribunais e legislaturas e que esse diálogo é destinado a alcançar o equilíbrio adequado entre princípios e políticas públicas; da mesma forma, Tremblay considera que a existência

<sup>4</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3, ed. Campinas: Russel, 2009. p. 40-82.

<sup>5</sup> TREMBLAY, Luc B. The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005. p. 617.

Tradução livre: “A teoria do ‘diálogo institucional’, como eu chamarei, pode ser vista como uma contribuição canadense para o debate sobre a legitimidade democrática da revisão judicial. Segundo essa teoria, os tribunais e as legislaturas participam de um diálogo sobre a determinação do equilíbrio adequado entre princípios constitucionais e políticas públicas e, sendo esse o caso, há boas razões para considerar a revisão judicial como democraticamente legítima. É um diálogo permanente porque o Judiciário não tem necessariamente a última palavra em relação a questões e políticas constitucionais; as legislaturas quase sempre teriam o poder de reverter, modificar ou anular uma decisão judicial que anule a legislação e, portanto, que alcance sua política social ou econômica. Consequentemente, a objeção contramajoritária à revisão judicial não pode ser sustentada”.

desse diálogo constitui uma boa razão para não conceber a *revisão judicial* como democraticamente ilegítima. Ademais, a Corte Constitucional não precisa ter a última palavra sobre determinado assunto, uma vez que a resposta para o que é chamado de ativismo judicial é o ativismo legislativo<sup>6</sup>.

O tema do *ativismo judicial* é complexo e rico de discussões. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao discorrer sobre o tema do ativismo judicial, destaca que:

O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece até que quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado. Por outro lado, o ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais, de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado concretamente. [...]

O núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida<sup>7</sup>.

Luís Roberto Barroso associa o ativismo judicial a uma atitude. Esse autor define o fenômeno como uma escolha do Poder Judiciário no sentido de interpretar a Constituição de maneira proativa, expandindo seu alcance e interferência na atuação dos outros dois poderes e que ocorre, normalmente, em um contexto social de retração e insatisfação popular com os poderes representativos. Para o autor, tal cenário faz que o Judiciário seja chamado para participar de modo mais intenso para concretizar os valores constitucionais<sup>8</sup>.

Embora existam críticas à revisão judicial<sup>9</sup> e ao ativismo judicial na interpretação das leis, como as constituições consagram um conjunto de direitos que não podem ser desrespeitados<sup>10</sup>, é necessário ocorrer a interpretação e a revisão judicial caso essa possibilidade seja prevista pelo legislador originário em seu texto constitucional.

Considerando as breves ponderações acima, nos tópicos seguintes passa-se à análise do Direito brasileiro com ênfase na atuação atribuída pelo Poder Constituinte ao Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>6</sup> TREMBLAY, Luc B. The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005. p. 625.

<sup>7</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 73.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, 2012. p. 25.

<sup>9</sup> Um crítico da revisão judicial é Jeremy Waldron. No artigo "The Core of the Case against Judicial Review", publicado na *The Yale Law Journal* (v. 115, p. 1346-1406, 2006), esse autor apresenta argumentos contra a revisão judicial, apontando, em primeiro lugar, que não há razão para supor que os direitos sejam mais protegidos pela prática da revisão judicial do que seriam pelas legislaturas democráticas. Em segundo lugar, o autor afirma que, à parte os resultados que gera, a revisão judicial é democraticamente ilegítima. Vale notar que o artigo parte das premissas de que, nos Estados Unidos, a sociedade tem boas instituições democráticas e que a maioria de seus cidadãos leva os direitos a sério.

<sup>10</sup> WALUCHOW, Wil. Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. Cambridge (UK), v. 18, n. 2, p. 207-247, 2005.



## Do poder atribuído ao supremo tribunal federal do Brasil pelo poder constituinte

O Poder Constituinte é a manifestação da soberania de um povo. É um poder histórico, de fato, não limitado pelo Direito. Como tem caráter originário e imediato, não pode ser reduzido juridicamente. Não pode ser limitado, embora não seja arbitrário, pois tem “vontade de constituição” e a titularidade do Poder Constituinte deve corresponder ao titular da soberania. O Poder Constituinte é encarregado de e tem força para estabelecer uma constituição e os meios para sua manutenção, dispondo, também, sobre a democracia, a forma de governo, os poderes do Estado e as demais questões estruturantes do país. Além disso, ele pode ainda traçar diretrizes e direitos individuais de caráter fundamental<sup>11</sup>.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a explicação sobre Poder Constituinte aparece pela primeira vez na obra de Sieyès:

O Poder Constituinte estabelece a Constituição; estabelecendo-a, cria poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Esses poderes são, pois, constituídos por um Poder Constituinte, que é distinto daqueles, anterior a eles e fonte da autoridade deles.

Na verdade, a ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico da ideia de Constituição; é a justificativa da superioridade da Constituição, que, derivando do Poder Constituinte não pode ser modificada pelos poderes constituídos, porque estes são obra daquele, por intermédio da própria Constituição. O titular desse Poder Constituinte, segundo Sieyès, é a nação.

[...] O Poder Constituinte da nação é ilimitado. Entenda-se, bem, contudo, o qualificativo ilimitado. No pensamento de Sieyès, significa que o Poder Constituinte da nação não está de modo algum limitado pelo direito anterior. Assim o Poder Constituinte não tem de respeitar limites postos pelo direito positivo anterior. Observe-se que esta ideia ainda hoje está presente, em discussões contemporâneas: entre os autores franceses há um debate, em nossos dias, sobre se o Poder Constituinte de revisão, ou seja, o poder previsto na Constituição para rever, eventualmente, a própria Constituição, está, ou não, adstrito aos limites postos pela mesma Constituição à sua atividade<sup>12</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi o marco de transição entre o regime ditatorial militar (iniciado no ano de 1964 e terminado em 1984) e a nova democracia e trouxe uma forma diferente de Estado de Direito. Nessa forma diferente de Estado buscou-se ao mesmo tempo assegurar direitos fundamentais, garantir a expressão de valores políticos da sociedade como um todo e disciplinar as bases do jogo democrático. Além disso, o constituinte previu expressamente na Magna Carta o controle de constitucionalidade a realizar-se pelo Supremo Tribunal Federal,

<sup>11</sup> BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-326, 2013. P. 306.

<sup>12</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 34-35.

indicando mesmo o rol de seus legitimados e ficando evidente que o ordenamento brasileiro admite o *judicial review*<sup>13</sup>.

Sem adentrar na forma como o Poder Constituinte iniciou-se no Brasil ou como ocorreu a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, é importante destacar o disposto no “Preâmbulo” da Constituição, que deixa claras a intenção e a pretensão a serem seguidas no país:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL<sup>14</sup>.

Os termos do “Preâmbulo” transcrito mostram extensa quantidade de direitos que se pretende garantir. Ainda, o extenso rol de direitos fundamentais que a Constituição dispõe em seu corpo deixa claro que ela adota a concepção substancialista de democracia – em outras palavras, a concepção defendida por Ronald Dworkin<sup>15</sup>.

Tendo como ponto de partida, além do “Preâmbulo” acima destacado, também o art. 102 da Constituição Federal<sup>16</sup>, constata-se que o Poder Constituinte previu na Magna Carta que o Supremo Tribunal Federal, tem o dever de manter a guarda da Constituição. Assim, o STF é o órgão máximo da República e tem o papel preponderante de tornar efetivo e concreto o texto constitucional. Pela letra do art. 102, tem-se que o Supremo Tribunal Federal atua no controle *concentrado* e *difuso* de constitucionalidade, sendo, portanto, o guardião da Constituição<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> ORMAY JÚNIOR, Luiz Carlos; ARRUDA, Rejane Alves. A revisão judicial das leis em Ronald Dworkin e o controle de constitucionalidade brasileiro. *Interfaces Científicas – Direito*. Aracaju, v. 5, n. 3. p. 9-20, 2017. p. 16.

<sup>14</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 26 out. 2021.

<sup>15</sup> ORMAY JÚNIOR, Luiz Carlos; ARRUDA, Rejane Alves. Op. cit, p. 17.

<sup>16</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 26 out. 2021).

<sup>17</sup> Tal fato é reconhecido, também, pelo próprio Supremo Tribunal Federal: “A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o

O *controle concentrado*, também chamado de *controle principal, por ação* ou *abstrato*, é aquele em que a questão da constitucionalidade é a razão do próprio processo, ou seja, a constitucionalidade é apreciada em tese. Tal tipo de controle poderá ser provocado pelos legitimados de acordo com o art. 103 da Constituição Federal, cujo rol é taxativo. Essa modalidade de controle somente poderá ser feita na esfera das Cortes Supremas por meio de ações específicas previstas pelo próprio constituinte: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>18</sup>.

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, ao explicarem tal modalidade de controle, destacam:

A fiscalização da constitucionalidade pode ocorrer por meio de ação própria. Neste caso, o processo inicia com o questionamento da (in)constitucionalidade. Se não houver obstáculo processual, deve terminar com a decisão sobre a procedência desse questionamento. Encontramos esse meio de controle nas ações de inconstitucionalidade perante o STF<sup>19</sup>.

Diferentemente do controle difuso, no qual a questão constitucional não é a que justifica a instauração da ação perante o Poder Judiciário, mas, sim, a solução de uma lide, no controle *principal* a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não é uma questão prejudicial, mas, sim, o pedido principal da ação, e a decisão obtida no controle *concentrado*, respeitado o disposto no artigo 97<sup>20</sup> da Constituição, possui efeitos *erga omnes*.

No que tange ao controle *difuso*, também denominado *incidental* ou *controle por exceção*, ele refere-se à verificação da constitucionalidade em um determinado caso concreto, no qual o julgador analisa se determinado ato é ou não constitucional. No controle difuso não se exige que o juiz declare com vigor a inconstitucionalidade da lei, mesmo porque tal questão é incidental. Basta o julgador apontar os fundamentos pelos quais denega o cumprimento do ato e julgar o processo. Todavia, chegando a causa – por meio da via recursal, ordinária ou extraordinária, ou mesmo em decorrência da competência originária – ao Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento da

---

modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental” [ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.] (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, s/d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=1080>. Acesso em 22 jul. 2019).

<sup>18</sup> GOES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2016. p. 208-209.

<sup>19</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011. p. 83.

<sup>20</sup> “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 26 out. 2021).

inconstitucionalidade que fizer, pelo *quórum* do art. 97 da Constituição, ocasionará o efeito dos artigos 932 e 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil<sup>21</sup>.

Dessa forma, é ao Supremo Tribunal Federal que o Poder Constituinte atribuiu o dever final de análise constitucional, uma vez que, como a lei não consegue abarcar e prever todas as situações do mundo do *dever-ser*, exige-se do intérprete-julgador a solução do caso concreto<sup>22</sup>.

A sociedade contemporânea cria a necessidade de evolução do Direito. Muitas vezes isso acontece pela via judicial, o que em um primeiro momento poderia suscitar a alegação de violação majoritária ou ainda ilegalidade do ato, pois a competência originária seria do Poder Legislativo. Todavia, como o Poder Constituinte previu no artigo 102 da Constituição Federal de 1988 que compete ao Supremo Tribunal Federal a função de decidir e guardar a Constituição, é possível que o julgador interprete o texto constitucional (com base na ponderação dos princípios) e que, ao realizar tal ato, não violará a regra majoritária.

O julgador passou a ter uma função importante na sociedade contemporânea; esta, por sua vez, tem suplicado a atividade de pronunciar e interpretar as palavras da lei, destacando-se um dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais – em geral, na defesa dos direitos fundamentais e valores substanciais. Tal demanda decorre de novas condições sociais e econômicas.

Dirley da Cunha Júnior, a despeito da expansão do papel do juiz, expõe o seguinte:

Mais do que coparticipante do processo de criação do Direito, o juiz passa a desempenhar, por meio da interpretação constitucional, uma atividade de atualização da Constituição, operando uma verdadeira mutação constitucional ou mudança informal do texto constitucional. [...] E essa criatividade do juiz, isto é, sua capacidade de criar o Direito, se acentua consideravelmente no domínio da interpretação constitucional, sobretudo em razão da estrutura normativo-material da Constituição, que é composta por princípios e regras

<sup>21</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 159.

<sup>22</sup> Para ilustrar a complexidade do tema, podemos citar um trecho de Luís Roberto Barroso no artigo “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria” (*Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50, 2015. p. 31). “E, num mundo em que tudo se judicializa mais cedo ou mais tarde, tribunais e cortes constitucionais defrontam-se com situações para as quais não há respostas fáceis ou eticamente simples. Alguns exemplos: a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais? b) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo? c) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvar-lhe a vida, por ser tal procedimento contrário à sua convicção religiosa? d) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma? e) pode uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher? Nenhuma dessas questões é teórica. Todas elas correspondem a casos concretos ocorridos no Brasil e no exterior, e levados aos tribunais. Nenhuma delas tinha uma resposta pré-pronta e segura que pudesse ser colhida na legislação. A razão é simples: nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas. Além do que, na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação entre texto e realidade”.

que apresentam maior abertura, maior abstração, maior indeterminação e, em consequência, menor densidade normativa, circunstância que atribui ao intérprete um notável espaço de conformação. O que devemos discutir presentemente, portanto, é o grau dessa criação do Direito e os seus limites, até porque, por óbvio, a criação judicial do Direito não é livre, assim como também não o é o modo legislativo de produzi-lo, pois há limites materiais e formais encarecidos pela Constituição<sup>23</sup>.

Dessa maneira, a criação do Direito pela via judicial incorre na expansão e no crescimento do Poder Judiciário, seja pela autorização dada pelo Poder Constituinte, seja pela urgência de reguardar direitos fundamentais, principalmente os das minorias<sup>24</sup>.

Para o autor Miguel Gualano de Godoy, a guarda da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal não consiste mais em competência de dizer, em definitivo, o que é a Constituição. Ao contrário, a guarda da Constituição consiste em competência para decidir e, assim, expressar a sua compreensão sobre o significado da própria Constituição<sup>25</sup>.

A Constituição é uma ordenação jurídica dinâmica vital em que se desenvolve o Estado, desempenhando uma função de integração da vida estatal. Assim, o intérprete – qual seja, o STF – deverá levar em consideração o sistema de valores que é subjacente ao texto constitucional e à realidade concreta da vida, tendo sempre presente a ideia de que a Constituição é norma, mas também realidade, que é sempre mutável, devendo o intérprete-aplicador captar a mudança do referido sentido quando da sua aplicação.

Dentro desse prospecto, a Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do STF, pois permitiu que esse Tribunal, no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, possa manifestar-se sobre as leis vigentes e sobre a omissão legislativa. Dessa maneira, é de inegável peso político e de grande significado jurídico a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Tais processos, juntamente com o recurso extraordinário, formam hoje o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e de legitimidade de leis ou atos normativos, bem como dos casos de omissão constitucional.

---

<sup>23</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 12<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018. P. 181.

<sup>24</sup> A compreensão do que são minorias e das pessoas e grupos que as compõem exige visitar os conceitos postos. Tal aspecto não pode ser relegado a algo de menor importância; há uma sensação geral de que, ao falar-se de “minorias”, trata-se de um tema amplamente conhecido, mas, na verdade, isso é visivelmente mal compreendido pela sociedade. Essa percepção (esse falso senso comum sobre quem são as minorias) também contribui para identificar as narrativas de marginalização do “outro”, do “diferente”, historicamente visto na cultura humana como uma ameaça (NASCIMENTO, Arthur Ramos; ALVES, Fernando de Brito. Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 363-388, 2020. P. 366).

<sup>25</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 166.



## O Supremo Tribunal Federal e sua competência na guarda dos valores substantivos da Constituição

Com a redemocratização do país ocorrida após 1988 nota-se um reforço do papel institucional do Poder Judiciário. Nesse sentido, ocorreram transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça, o fortalecimento do Ministério Público e o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos (como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa); essas transformações, por sua vez, somaram-se às crescentes consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Poder Judiciário um ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos<sup>26</sup>.

A nova Constituição criou um modelo político que, longe de ser puramente majoritário, impôs rígidos limites às decisões das majorias de cada tempo, em particular no que se refere ao respeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Constituição de 1988 regulou um espaço importante da vida política e social e confiou ao Supremo Tribunal Federal a garantia da validade prática desses limites, conforme já visto anteriormente. A Carta Magna outorgou à Corte Suprema um número impressionante de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo-a sobremaneira e dando início a amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição. Toda essa nova disciplina constitucional acerca da estrutura e do funcionamento do Supremo Tribunal Federal, ampliando o acesso à jurisdição concentrada e abstrata e os poderes de decisão, favoreceram a judicialização da política e das grandes questões sociais em seu âmbito de atuação. Importantes questões, tradicionalmente deliberadas e resolvidas nos poderes Legislativo e Executivo, passaram rotineiramente a ser questionadas no Supremo Tribunal Federal<sup>27</sup>.

Conforme destaca Luís Roberto Barroso, muitos casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal são difíceis, nos quais não existem respostas prontas com anterioridade à disposição do intérprete. Senão, vejamos:

A solução, portanto, terá de ser construída lógica e argumentativamente pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma, dos precedentes e de aspectos externos ao ordenamento jurídico. Daí se fazer referência a essa atuação, por vezes, como sendo criação judicial do direito. Em rigor, porém, o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento. Toda decisão judicial precisa ser reconduzida a uma norma jurídica. Trata-se de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo. Casos difíceis podem resultar da vagueza da linguagem (dignidade humana, moralidade administrativa), de desacordos morais razoáveis (existência ou não de um direito à morte digna, sem prolongamentos artificiais) e colisões de normas constitucionais (livre iniciativa *versus* proteção do consumidor, liberdade de expressão *versus* direito de privacidade). Para lidar com uma

<sup>26</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 125.

<sup>27</sup> Idem, p. 127



sociedade complexa e plural, em cujo âmbito surgem casos difíceis, é que se criaram ou se refinaram diversas categorias jurídicas novas, como a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, o uso da técnica da ponderação e a reabilitação da argumentação jurídica<sup>28</sup>.

Devido a tais fatos, discute-se muito na doutrina<sup>29</sup> a validade e a legitimidade de tais decisões pelo Supremo Tribunal Federal (seja pela revisão judicial, seja pelo ativismo jurídico), haja vista que, ao realizar a análise das leis ou interpretá-las, o STF pode violar o princípio da regra majoritária, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo e não possuem as competências do Poder Legislativo.

Luís Roberto Barroso destaca que, do ponto de vista político-institucional, o desempenho da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa. A atuação contramajoritária é um dos temas mais analisados na teoria constitucional, que há muitas décadas discute a legitimidade democrática da invalidação dos atos dos poderes Legislativo e Executivo por órgão jurisdicional. Para esse autor:

A despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais<sup>30</sup>.

A Constituição, além de estabelecer a organização dos poderes e de impor limites ao processo legislativo, também criou mecanismos jurídicos que assegurem um processo público e aberto no qual todos não tenham só possibilidades de participar. Tal

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50, 2015. p. 32.

<sup>29</sup> Já mencionado acima, Jeremy Waldron critica a revisão judicial das Cortes Superiores sustentando dois motivos principais. O primeiro argumento é que não há razão para supor que os direitos sejam mais protegidos pela prática da revisão judicial do que seriam pelas legislaturas democráticas. Em segundo lugar, de acordo com a teoria política liberal, deve prevalecer a supremacia legislativa, a qual é frequentemente associada ao autogoverno popular; de acordo com esse parâmetro, na revisão judicial os ideais democráticos são obrigados a ficar em uma relação desconfortável (WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006).

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50, 2015. p. 36.

processo visa ainda a impedir que o governo, mesmo quando respaldado pela maioria, viole os interesses individuais tutelados pelo sistema de direitos fundamentais<sup>31</sup>.

Quando se diz que a Constituição, além de criar direitos, também criou mecanismos de proteção desses direitos, necessariamente se deve ter em mente que isso pressupõe falar-se em democracia; esta, por sua vez, devido principalmente à sua complexidade, é um tema geralmente e quase sempre entendido como “governo do povo” ou “governo da maioria”. No entanto, Ronald Dworkin explica que essa premissa não é totalmente correta, na medida em que a democracia não é só a tomada de decisão pela maioria do povo, mas também consiste em tratar todos os membros da comunidade com igual cuidado e respeito<sup>32</sup>.

A concepção majoritária dá mais importância a *como* se decide do que *o quê* se decide; em termos mais contemporâneos, isso se pode chamar de visão procedimental da democracia. Já a democracia cooperativa também se preocupa com a forma como se decide; no entanto, ela confere igual importância ao teor da decisão e brada pela igualdade de respeito durante todo o processo de decisão, conferindo, assim, maior importância aos direitos fundamentais e possibilitando a convivência entre governo de maioria e direitos da minoria. A “democracia cooperativa” vem da ideia de que os indivíduos de determinada sociedade, ao realizarem suas decisões políticas, decidirão pensando na comunidade como um todo e não apenas na maioria; mais do que isso: seus atos devem ser pautados pela igualdade de respeito entre seus membros. A exigência da igualdade toma fundamental importância por seus desdobramentos, na medida em que, ao ter-se respeito e preocupação igual para todos os membros de uma sociedade, automaticamente os interesses da minoria devem também ser levados em conta, sob pena de chegar-se a uma decisão não democrática mesmo quando tomada pela maioria dos indivíduos ou de seus representantes. Isso, contemporaneamente, chama-se de “visão substancial da democracia”<sup>33</sup>.

Vera Karam de Chueiri e Joana Maria A. Sampaio, ao tratarem do tema, ressaltam:

Com a democracia, apreendemos que os direitos se reinventam e, com o constitucionalismo, que eles se (auto)limitam. A partir desta tensão, o papel do direito e dos direitos em uma sociedade complexa como a brasileira é afirmar, como o faz Dworkin para a sociedade norte-americana, que só há democracia porque há constitucionalismo e vice-versa<sup>34</sup>.

Dessa forma, os direitos constitucionais seriam, em última instância, direitos morais, desde que derivem de princípios como a autonomia, a finalidade, a superveniência, a publicidade, a universalidade e a generalidade. A evolução normativa

---

<sup>31</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre o constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 23-24.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge (UK): Harvard University, 1996. p. 17.

<sup>33</sup> ORMAY JÚNIOR, Luiz Carlos; ARRUDA, Rejane Alves. A revisão judicial das leis em Ronald Dworkin e o controle de constitucionalidade brasileiro. *Interfaces Científicas – Direito*. Aracaju, v. 5, n. 3, p. 9-20, 2017. p. 13.

<sup>34</sup> CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joana Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de Tutela Antecipada n. 91. *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 5, p. 45-66, 2009.

pautada na promulgação da Constituição Federal de 1988 e na Emenda Constitucional n. 45/2004 demonstra que o “constitucionalismo” é a teoria que, baseada em uma Constituição rígida, busca resultados garantísticos, mesmo que isso importe na limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo. O constitucionalismo tem como pedra angular os direitos fundamentais que representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte; quem está incumbido de proteger esses valores é o Poder Judiciário, conforme determinação do próprio constituinte. Se a finalidade de uma sociedade é “garantir o máximo de liberdade possível para os seres humanos”, o objetivo final de uma Constituição deve ser “assegurar às pessoas uma sociedade livre e democrática”<sup>35</sup>.

Ronald Dworkin pode ser considerado um dos grandes precursores da teoria substantivista da Constituição. Esse autor destaca que a democracia não é um conceito político preciso e que, por isso, pode haver discordância sobre o fato de o processo ser democrático ou não. Mesmo que se entenda que a democracia é um conjunto de procedimentos, sem nenhuma restrição aos representantes do povo, ainda assim “resta a questão de como decidir quais processos constituem a melhor concepção de democracia”. Para Dworkin é equivocada a ideia de que deixar para o Tribunal decidir sobre uma questão polêmica é antidemocrático e que essa decisão deveria ser decidida por um processo democrático. Para esse autor, os tribunais terão legitimidade para controlar os atos dos outros poderes (mesmo que estes tenham-se baseado em processos democráticos) se esses controles fundamentarem-se em princípios neutros, ou seja, *standards* que transcendam o caso em exame e possam ser aplicados a todas as situações no futuro<sup>36</sup>.

Dworkin defende a teoria da legitimidade das decisões baseadas em princípios; deve-se notar, entretanto, que os princípios atuam como exigência de justiça e de equidade, correspondendo a valores morais substantivos. Para ele, os julgamentos constitucionais realizados pelo Poder Judiciário têm legitimidade desde que tais julgamentos baseiem-se em princípios, entendidos estes como padrões a serem observados em face da “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. A substantividade está presente nos princípios, os quais indicam valores de moralidade e de justiça. Por outro lado, Dworkin não aceita como legítimas as decisões judiciais baseadas em questões políticas (*policies*), sendo, portanto, os julgamentos de política atribuições exclusivas dos poderes Legislativo e Executivo. Desse modo, Dworkin consegue balancear o princípio democrático com o princípio constitucional<sup>37</sup>.

Como é evidente, a preocupação da Constituição Federal é no intuito de assegurar que os direitos fundamentais sofram relativizações que ponham em risco a proteção dos cidadãos em suas diferentes dimensões; nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal deve atuar como intérprete do texto constitucional. A hermenêutica jurídica deve

---

<sup>35</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre o constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 23-37.

<sup>36</sup> Idem, p. 52-53.

<sup>37</sup> Idem, p. 53-54.

compreender os direitos previstos no texto como dinâmicos, de modo a responder as relações sociais, tendo como certo que “esses (conjuntos de) direitos não podem sofrer aniquilação ou relativizações por força de urgências, pressões ou contingências políticas ou econômicas”<sup>38</sup>.

Na esteira dessa ideia de garantia de direitos, o *judicial review* realizado pelo Supremo Tribunal Federal surge como um importante instrumento de controle das decisões políticas a fim de que direitos fundamentais não sejam violados. Declarar inconstitucional atos emanados pelos demais poderes que não estejam em conformidade com o que prevê a Constituição é a instrumentalização das conquistas de direito da comunidade como um todo<sup>39</sup>.

O Supremo Tribunal Federal deve pautar-se pelo equilíbrio dos poderes, ou seja, ele deve atuar de modo a garantir que os direitos fundamentais sejam resguardados perante a sociedade, não podendo os direitos fundamentais ser suprimidos pelo Poder Legislativo ou pelo Executivo e ferindo a Constituição Federal.

Em tal seara, a concepção constitucional da democracia é medida tanto pela proteção dos direitos fundamentais pelos tribunais quanto pela existência de valores morais constitutivos de uma comunidade que também devem ser protegidos contra as majorias eventuais. A concepção constitucional da democracia acarreta por sua vez, por óbvio, a concepção substantiva que admite que a Constituição possua valores que devem ser respeitados não só pelos cidadãos como também pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A Constituição, desse modo, dirige-se a todos os cidadãos e a todos os poderes do Estado, mas seu protetor e intérprete máximo, nesse modelo, é o Poder Judiciário<sup>40</sup>.

Nessa toada, torna-se iminente a participação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. Tal situação por si só não fere a regra democrática; ademais, a partir do momento em que o Poder Constituinte originário atribuiu a competência de guardião da Constituição ao Supremo Tribunal Federal, esse mesmo Poder Constituinte afastou qualquer alegação de ilegitimidade de atuação do STF, não ferindo a regra majoritária.

## CONCLUSÕES

A partir da pesquisa efetuada, é possível concluir que o Brasil iniciou com a Constituição Federal do ano de 1988 uma nova era de direitos e garantias fundamentais a todos os seus cidadãos, ressaltando-se o caráter garantista do texto constitucional.

---

<sup>38</sup> NASCIMENTO, Arthur Ramos; ALVES, Fernando de Brito. Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 363-388, 2020. p. 378.

<sup>39</sup> ORMAY JÚNIOR, Luiz Carlos; ARRUDA, Rejane Alves. A revisão judicial das leis em Ronald Dworkin e o controle de constitucionalidade brasileiro. *Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 5, n. 3, p. 9-20, 2017. p. 18.

<sup>40</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre o constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 76-77.

Com a adoção do Estado Democrático de Direito evidenciou-se o protagonismo do Poder Judiciário na interpretação e na revisão judicial das leis, da mesma forma que na garantia dos direitos assegurados na Carta Magna. Não se pode deixar de considerar que inúmeras questões políticas e sociais do Brasil estão sendo levadas aos órgãos jurisdicionais, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, o qual não pode se escusar de dar a resposta ao caso concreto. Tal fato, sem sombra de dúvidas, contribuiu para o papel mais ativo da Corte Suprema do Brasil, na medida em que se transfere ao Poder Judiciário um papel decisivo da própria política brasileira. Cada vez mais cresce a importância das decisões do STF para garantir a eficácia dos direitos e das garantias fundamentais.

Nesse sentido, é certo que a ascensão do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal responde, também, a fatores políticos. O STF tem desenvolvido sua jurisprudência em um ambiente político sem resistências sistêmicas que representem ameaças à sua independência ou à identidade institucional. Os demais poderes (Legislativo e Executivo) têm respeitado o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, embora existam críticas pontuais.

Dessa feita, considerando que o Brasil possui instituições democráticas, que incluem uma legislatura representativa eleita com base no sufrágio; que possui um conjunto de instituições judiciais, montado de maneira não representativa; que possui um Poder Executivo independente, eleito de maneira democrática, mostra-se possível concluir, devido ao pluralismo existente na sociedade bem como às minorias, que os direitos assegurados na Constituição são elevados à categoria de direitos fundamentais.

Visando à salvaguarda de todos os direitos dispostos na Constituição, em específico os direitos individuais e os direitos das minorias, compete ao Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988, por livre escolha do Poder Constituinte, a guarda da Carta Magna do Brasil. Ou seja, deve o Supremo Tribunal Federal fazer a análise e a interpretação dos direitos substantivos, sendo essa prática democraticamente legítima.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a competência do Supremo Tribunal Federal foi deveras ampliada, haja vista que o Poder Constituinte determinou que essa Corte realize o controle de constitucionalidade de leis e dos atos normativos, bem como possa manifestar-se sobre as leis vigentes e sobre a omissão legislativa, na condição de guardião da Constituição. É de inegável peso político e grande significado jurídico a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Tais processos, juntamente com o recurso extraordinário, formam hoje o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, bem como nos casos de omissão constitucional.

O presente artigo teve por finalidade gerar uma reflexão acerca da importância da necessidade de tratar os cidadãos com igual respeito, necessidade que assume importante papel nos dias de hoje, na medida em que a democracia consiste em um



conceito mais abrangente do que o número de votos, ainda que tal fato gere inúmeras discussões e dúvidas por parte da doutrina.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre o constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*. Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*. São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 26 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, s/d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=1080>. Acesso em 22 jul. 2019.

CAMARGO, Amanda de Souza; GALIB, Carolina Piccolotto; VEDOVATO, Luís Renato; MARTINI, Maria Carolina Gervásio Angelini; OLIVEIRA, Viviane de Arruda Pessoa. Democracia e política em tempos de *fake news*. *Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 127-136, 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: Sobre a suspensão de Tutela Antecipada n. 91. *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 5, p. 45-66, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. Controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.



DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge (USA): Harvard University, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge (USA): Harvard University, 1997.

DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. *New York University Law Review*. New York, v. 56, 1981.

GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Arthur Ramos; ALVES, Fernando de Brito. Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 363-388, 2020.

ORMAY JÚNIOR, Luiz Carlos; ARRUDA, Rejane Alves. A revisão judicial das leis em Ronald Dworkin e o controle de constitucionalidade brasileiro. *Interfaces Científicas – Direito*. Aracaju, v. 5, n. 3, p. 9-20, 2017.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TREMBLAY, Luc B. The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

WALUCHOW, Wil. Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. Cambridge (UK), v. 18, n. 2, p. 207-247, 2005.

Data de Recebimento: 29/10/2021.

Data de Aprovação: 08/03/2022.

## A REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA DE 1967 E O AUTORITARISMO DA DITADURA CIVIL-MILITAR: O QUE A DEMOCRACIA TEM A DIZER

## THE BRAZILIAN 1967 ADMINISTRATIVE REFORM AND THE AUTHORITARISM OF CIVIL-MILITARY DICTATORSHIP: WHAT DEMOCRACY HAS TO SAY

Davi Augusto Santana de Lelis\*  
Elder Leonardo Abreu Vieira\*\*

### RESUMO

O presente trabalho propõe-se a discutir acerca da herança da reforma administrativa implantada por meio do Decreto-Lei nº 200/1967, promulgado no período da ditadura civil-militar brasileira, no sistema administrativo vigente, utilizando-se para tanto das linguagens da democracia, a fim de contextualizar socialmente o fenômeno descrito e as suas consequências. Para tanto, se utilizará de um estudo de natureza teórico-proposicional, a partir da aproximação das tradições teóricas jurídicas e sociológicas, observando uma vertente teórico-metodológica baseada na revisão bibliográfica das temáticas em questão. Vislumbra-se que o sistema administrativo vigente perpetuaria práticas autoritárias e antidemocráticas advindas do regime de sua fundação, decorrentes da incompreensão, notadamente, da dimensão da linguagem dos afetos, quadro agravado pela ausência de uma “religião civil” que permitisse a união do povo. Desfecho da problemática apontada seria o desvio da concretização do interesse público no sistema administrativo vigente, mácula que resiste na contemporaneidade sob a égide da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Decreto Lei nº 200/1967; Democracia; Direito Administrativo; Ditadura civil-militar; Reforma Administrativa.

### ABSTRACT

The present work proposes to discuss about the inheritance of the administrative reform implanted through Decree-Law nº 200/1967, promulgated during the period of the Brazilian civil-military dictatorship, in the current administrative system, using both languages democracy, in order to socially contextualize the described phenomenon and its consequences. To this end, a theoretical-propositional study will be used, based on the approximation of legal and sociological theoretical traditions, observing a theoretical-methodological approach based on the bibliographical review of the themes in question. It is seen that the current administrative system would perpetuate authoritarian and anti-democratic practices arising from the regime of its foundation, which would be due to the misunderstanding, notably, of the dimension of the language of affections, a situation aggravated by the absence of a “civil religion” that would allow the union of the people. The outcome of the problem pointed out would be the deviation from the realization of the public interest in the current administrative system, a blemish that resists in contemporary times under the aegis of the 1988 Constitution.

\* Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestre em Extensão Rural no Departamento de Economia Rural da Universidade Federal de Viçosa e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV). Lattes: 8730416639355389. ORCID: 0000-0002-9307-7132. E-mail: [davi.lelis@ufv.br](mailto:davi.lelis@ufv.br).

\*\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Lattes: 3205886938444321. ORCID: 0000-0002-9050-0396. E-mail: [elderabreu@live.com](mailto:elderabreu@live.com).

Key-words: Decree Law No. 200/1967; Democracy; Administrative Law; civil-military dictatorship; Administrative Reform.

## INTRODUÇÃO

Uma breve revisão histórica é capaz de demonstrar o caráter de rupturas institucionais que se fez presente desde a Independência do Brasil até os dias atuais. Essas rupturas trazem a proposta de valorização do novo, a ser construído, em detrimento do arcaico, que deve ser esquecido. No âmbito da Administração Pública, as rupturas se traduzem na descontinuidade de planejamento e geram o problema da utilização do aparato administrativo para a realização de interesses privados das classes dominantes do poder.

O golpe de Estado de 1964 figura como episódio de ruptura institucional, que teve como desfecho a mais longa ditadura vivida pelo Brasil. No âmbito da Administração Pública, o governo ditatorial empenhou-se na implantação de uma reforma “modernizadora”. A despeito do propagado propósito “modernizador” da reforma ditatorial na Administração Pública, o que se observou como consequência prática do Decreto-Lei nº 200/1967 foi a separação entre administração direta e indireta e o favorecimento do patrimonialismo e fisiologismo, passando a ser fomentados no sentido dos interesses privados do regime ditatorial militar.

O autoritarismo próprio de um regime ditatorial tornou-se mecanismo de funcionamento da reforma, que teve foco no viés estrutural (aliando-se ao velho burocratismo para tal) em detrimento da reforma valorativa, comportamental e participativa que seria necessária para a absorção social do sonhado “modelo moderno”. A proposta de um sistema administrativo aberto, descentralizado e permissivo viu-se incompatível com as características autoritárias que sustentavam o regime, de forma que triunfou a coercitividade.

Mesmo com a retomada democrática após a Constituição de 1988 e a consequente configuração de um Estado Democrático de Direito, o sistema administrativo brasileiro ainda mantém parte significativa de suas bases firmadas nas estruturas advindas da reforma administrativa do período ditatorial, apontando para um déficit democrático em seu funcionamento e fomentando a discussão acerca da efetividade da Constituição de 1988 enquanto instrumento centralizador e depurador do ordenamento jurídico pátrio.

Isto posto, é de extrema valia e relevância a compreensão dos processos que levaram à conformação do sistema administrativo como o é na atualidade, suas bases estruturais, e causas sociais do déficit democrático e participativo na Administração Pública brasileira; objetivos aos quais se propõe este trabalho. Nessa senda, surge o questionamento: o sistema administrativo atual continua refletindo aspectos do regime autoritário que o fundou? Para mais, contextualizando sociologicamente sob o prisma das linguagens da democracia identificadas por Barboza Filho<sup>1</sup>: seria o déficit democrático do

---

<sup>1</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. As linguagens da democracia. *Revista brasileira de ciências sociais*. São Paulo, 2008.

sistema administrativo atual decorrente da incompreensão, sobretudo, da linguagem dos afetos?

Frente ao problema proposto, neste trabalho de natureza teórico-proposicional emergem a seguinte hipótese a ser explorada: A reforma administrativa implantada por meio do Decreto-Lei nº 200/1967 teria suas bases fundadas em um sistema antidemocrático de governo e deliberação, que se sustentou pelo autoritarismo, traço que teria marcado os resultados obtidos com a mudança no paradigma organizacional administrativo. O cenário criado pela ruptura democrática e, também, a reforma administrativa ditatorial, teriam se consubstanciado, sobretudo, baseados em uma incompreensão e desvalorização da linguagem (ou dimensão) dos afetos. Em decorrência desse déficit da formação democrática, haveria, na prática hodierna da Administração Pública, incompreensão acerca das funções do aparato administrativo na garantia do interesse público por toda a sociedade.

O material coletado foi analisado de forma a verificar a adequação dos dados ao recorte objetivo da temática estabelecida para este trabalho. Quanto à referida análise, cumpre destacar que foi feita em observância às orientações de Rodrigues<sup>2</sup>, ao destacar que essa análise se faz tanto no texto do documento, a chamada análise interna, quanto em sua estrutura e contexto de argumentação, autoria e fundamentação, a chamada análise externa. Além disso, foi seguida uma vertente teórico-metodológica, que busca compreender o fenômeno jurídico imerso em um ambiente social mais amplo. O trabalho foi baseado na revisão bibliográfica acerca das temáticas em questão, sob um aspecto jurídico-sociológico que se preocupa com as contradições do próprio Direito e demais campos do conhecimento<sup>3</sup>.

Assim sendo, a primeira seção se volta para a caracterização da conjectura de Barboza Filho<sup>4</sup> acerca das linguagens da democracia. Enquanto a segunda seção é dedicada à análise e exposição do fato histórico-jurídico consubstanciado na reforma administrativa ditatorial. A última seção se destina a situar e relacionar a temática constitucional, especialmente, ponderando acerca da questão da efetividade constitucional e sua relação com o fenômeno observado neste trabalho. Por derradeiro, as considerações finais buscam correlacionar as matérias abordadas nas seções anteriores, no intuito de permitir uma compreensão mais elaborada sobre o objeto em foco e sua órbita de implicações.

## **As linguagens da Democracia**

### **As três linguagens da democracia**

Barboza Filho<sup>5</sup> identifica três linguagens distintas na democracia, que são comple-

---

<sup>2</sup> RODRIGUES, José Honório. *Teoria da História do Brasil: introdução metodológica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

<sup>3</sup> GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Teresa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>4</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. *As linguagens da democracia*. *Revista brasileira de ciências sociais*. São Paulo, 2008.

<sup>5</sup> BARBOZA FILHO, Rubem, *A modernização brasileira e o nosso pensamento político*. *Perspectivas*. São Paulo, 2010.

mentares entre si, embora se manifestem com maior pujança individualmente em certos períodos. O contínuo desenvolvimento democrático depende da interação e da compreensão dessas três dimensões, sendo elas: a linguagem dos interesses, a linguagem da razão e a linguagem dos afetos.

A linguagem dos interesses se baseia em uma concepção liberal de que todo indivíduo é “revestido com os direitos civis ou negativos, de tal modo que todos tenham o máximo possível de liberdade para a realização de seus fins particulares”<sup>6</sup>. Essa dimensão busca a afirmação da autonomia do indivíduo, na qual o Estado não pode interferir, centrando-se no indivíduo e na fruição de seus interesses, carregando o demérito de atomizar a sociedade<sup>7</sup>.

Já a linguagem da razão é aquela que busca a reunificação da sociedade para que o conflito de interesses não resulte no caos. Essa dimensão busca: subjugar os interesses instintivos humanos ao crivo da razão; subjugar o interesse individual ao interesse geral. A aplicação da linguagem da razão, na modernidade, guarda relação com a exigência de que o Estado, por meio de atuação concreta, promova a igualdade material.

A linguagem dos afetos é associada à formação de uma “religião civil”, que impulsiona a criação de uma identidade cultural que vincula de forma indissociável o indivíduo e a coletividade, o cidadão e a nação. É essa linguagem que permite a construção da sociedade com fundamento na solidariedade e fraternidade. Essa dimensão se apoia na concepção aristotélica do homem como animal político<sup>8</sup>, encontrando na sociabilidade o caminho para a sua máxima realização enquanto ser.

Barboza Filho<sup>9</sup> explicita que as linguagens de subjetivação surgem como formas de disciplinar e orientar os desejos humanos. Para Rousseau, a linguagem da razão deve interagir e se completar pela linguagem dos afetos, de forma que o contrato social além de racional fosse também sentimental e capaz de uma “religião civil” semelhante ao que Tocqueville<sup>10</sup> identificou nos Estados Unidos. Essa união entre a linguagem da razão e a linguagem dos afetos teria sido a base para a aliança na Revolução Francesa, criando-se um senso democrático entre os cidadãos. Na linguagem dos interesses o indivíduo existe antes das suas relações sociais; na linguagem da razão os homens só atingem sua plenitude antropológica como cidadãos depois de um contrato social; na linguagem dos afetos os homens só se realizam nas relações sociais.

## Histórico brasileiro sob a ótica da linguagem dos afetos

Conforme Barboza Filho<sup>11</sup>, o pensamento político e a mentalidade das elites que fundaram o Brasil estavam certas acerca da necessidade de modernização e ocidentalização do país, tendo por molde as experiências vividas na França, na Inglaterra

<sup>6</sup> BARBOZA FILHO, Rubem, A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*. São Paulo, 2010.

<sup>7</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. Op. cit, 2008.

<sup>8</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. Op. cit, 2010.

<sup>9</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. Op. cit, 2008.

<sup>10</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>11</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. Op. cit, 2010.

e nos Estados Unidos, através da incorporação do liberalismo às tradições de cada um. Ocorre que, nesse processo de mudanças, os elementos centrais e tradições da civilização barroca que constituiu os primeiros 300 anos da história do Brasil invés de terem sido incorporados, foram sacrificados. Assim, as elites brasileiras moveram-se no sentido de destruir as heranças e romper com a tradição passada, em prol de um recomeço, tido como o verdadeiro começo de uma nova nação independente. A possibilidade de democratização e a força da tradição foi totalmente desconsiderada, tendo como consequência a exclusão do povo (sujeito constituído pela tradição dos 300 anos anteriores) da vida política brasileira. A ideia modernizadora do Brasil pautou-se na criação de um povo para a sociedade moderna que se pretendia construir.

Esse *modus operandi* do liberalismo implantado no Brasil, baseado na ruptura com o passado e com os sujeitos que ele criou, justifica a naturalização de vários projetos de modernização e ocidentalização se sobrepondo à sociedade brasileira, que se tornaram narrativas recorrentes ao longo da história brasileira.

Assevera o autor que tanto o pensamento político das elites fundadoras quanto a reflexão política brasileira se envolveram na recriação do Brasil de acordo com as linguagens do interesse e da razão, ignorando a linguagem dos afetos ao romper com o passado construído pela tradição<sup>12</sup>. Dessa maneira, diferente do que ocorreu em outras democracias modernas, na experiência brasileira não houve a devida harmonização das linguagens da democracia.

O projeto de modernização implantado no Brasil, na contramão das tradições do passado, tratou-se, em verdade, de uma “larga operação de substituição de uma sociedade fundada na linguagem dos afetos, ou dos sentimentos, por outra comandada pelas linguagens da razão e do interesse”<sup>13</sup>. Isso culminou em uma incorporação deturpada das linguagens, gerando uma incompreensão de seus valores.

No Brasil havia um povo em potência, uma unidade cultural baseada na linguagem dos sentimentos, que foi abalada pelas grandes revoluções nos EUA e na França, baseadas na compreensão das linguagens do interesse e da razão. Assim, a sociedade brasileira formada em seus 300 anos tenta explorar os pressupostos trazidos pelas outras linguagens em conciliação aos seus próprios, em diversas tentativas de associação harmônica entre as três linguagens.

Sem embargo, o Estado brasileiro, após a independência, reprimiu veementemente os movimentos sociais, conduzindo um projeto modernizador excludente em relação à tradição. Essa postura foi preservada pela República oligárquica. Ressalta o autor ser possível constatar que todas as revoltas e conflitos existentes entre 1770 e 1930 surgem de demandas de cunho democratizante levantadas pela tradição, pela linguagem dos afetos, ao projeto de modernização conduzido pelo Estado com base nas linguagens do interesse e da razão. Episódios históricos exemplificativos desses movimentos são a guerra dos Farrapos, a Cabanagem, a Balaiada, Canudos e a Revolta da Vacina no Rio de

---

<sup>12</sup> BARBOZA FILHO, Rubem, A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*. São Paulo, 2010.

<sup>13</sup> Idem.



Janeiro, todos cujas demandas não foram incorporadas pelo projeto de modernização dominante<sup>14</sup>.

Verifica-se que mesmo o movimento de Independência, em 1822, do qual se esperava um rompimento com tradições vindas da Europa em favor das tradições nacionais<sup>15</sup>, verdadeiramente significou a continuidade do fomento de práticas que visam lucro, a imoralidade e o favorecimento do setor privado, de forma a reforçar o projeto de modernização imposto<sup>16</sup>.

Em 1889, com a Proclamação da República, surge uma Constituição aos moldes americanos, baseada nos ideais do positivismo científico. Nada obstante, segundo Lelis<sup>17</sup>, a referida mudança não incluiu a adequada compreensão das linguagens da democracia, de modo que na República opera mais uma ruptura incapaz de produzir a “religião civil”. Por sua vez, a revolução de 1930, dessa vez voltada ao desenvolvimento industrial, marcou a ruptura com o Brasil até então agrário e, nos 15 anos seguintes, sob a presidência de Getúlio Vargas, e em especial durante a ditadura dos oito últimos, tem-se a atuação de um Estado desenvolvimentista que se impunha através de uma Administração autoritária, que fechou o Congresso Nacional e centralizou o poder. As reformas administrativas varguistas tentavam implantar no discurso político brasileiro a linguagem da razão; afastando o Estado do povo, apenas conseguiram agravar ainda mais a situação da linguagem dos afetos até o ano de 1945, em que findou a Era Vargas<sup>18</sup>.

Conforme informa Barboza Filho<sup>19</sup>, a linguagem dos afetos presente na realidade brasileira, que foi suprimida pelo projeto modernizador, foi retratada na chamada literatura dos sertões, cujos expoentes são Jorge Amado, José Lins do Rego, Graciliano Ramos e Guimarães Rosa. Essa literatura demonstra a miséria brasileira decorrente de um projeto de modernização insensível que desconsidera o povo já constituído e a riqueza da vida popular, dos homens comuns de um Brasil, sobretudo, rural.

Em 1946, sob o governo Dutra, o país assistiu à promulgação de uma nova Constituição com viés democrático, que restabelecia os direitos fundamentais e a separação de poderes<sup>20</sup>. O período democrático, no entanto, durou pouco. Em 1º de abril de 1964, os militares promoveram um golpe de Estado que depôs o presidente João Goulart e que, ao longo dos próximos 21 anos, cassaria mandatos eletivos, fecharia o congresso e suspenderia direitos políticos; o Brasil adentrava na mais longa ditadura civil-militar de sua história.

Marco da ditadura civil-militar, a reforma administrativa de 1967, através da promulgação do Decreto-Lei nº 200/1967, definiu os traços da Administração Pública brasileira; notadamente, promoveu a cisão estrutural entre a administração direta e a

---

<sup>14</sup> BARBOZA FILHO, Rubem, A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*. São Paulo, 2010.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> LELIS, Davi Augusto Santana de. *Ensaio sobre a atuação estatal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado, 200 anos de administração pública, 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 2008.

<sup>19</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. Op. cit, 2010.

<sup>20</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Op. cit, 2008.

indireta, que, tornou-se uma fonte de recrutamento de pessoal, prescindindo do concurso público. As contas públicas tornaram-se estáveis, mas somente através de uma ilusão que ocultava os reais gastos do Orçamento Geral da União<sup>21</sup>. Em termos democráticos, a linguagem dos interesses, aliada a uma deturpação militar da linguagem da razão, afastou completamente a possibilidade de diálogo com a linguagem dos afetos<sup>22</sup>.

### **A Reforma da Administração Pública da Ditadura Civil-Militar O autoritarismo e o Decreto-Lei nº 200/1967**

Castello Branco, o presidente de então, afirmou ao Congresso Nacional que o propósito da reforma a ser implantada seria possibilitar que o setor público operasse com a eficiência própria de uma empresa privada. Os objetivos principais da reforma seriam permitir que o administrador tomasse as decisões que julgasse necessárias, de forma coordenada e rápida, desde o mais alto escalão até o mais baixo<sup>23</sup>. O governo autoritário procurou adotar medidas voltadas à estabilização econômica e à criação de um ambiente mais favorável à entrada de investimentos internacionais. Além disso, procurou também aumentar a capacidade de investimento no setor produtivo estatal, por meio da intensificação de sua “capacidade extrativa”, arrecadando tributos e gerando grandes fundos que funcionaram como poupanças<sup>24</sup>.

Nesse sentido, foi implementada uma concentração de recursos no âmbito federal sem precedentes na história institucional e fiscal brasileira, por meio da utilização da Constituição de 1967, da Emenda Constitucional de 1969 e da Reforma Tributária de 1966. O principal propósito das medidas reformistas adotadas era trazer uma abordagem empresarial para a Administração Pública, visando trazer para o setor público a eficiência com que se operava o setor privado<sup>25</sup>. Como consequência natural, o crescimento da intervenção econômica levou à transposição de instrumentos de administração próprios do setor privado para o setor público. Essas não se contiveram somente ao âmbito federal, tendo o governo federal, por meio do Ato Institucional nº 8/1969, determinado que os governos estaduais, municipais e do Distrito Federal tomassem medidas para efetuar reformas administrativas em seus âmbitos nos mesmos moldes da reforma federal em implantação<sup>26</sup>.

Houve um intenso investimento em descentralização, que se expõe especialmente com a criação da administração indireta, utilizada como meio de expansão da intervenção estatal no setor econômico. Na Administração indireta, o quadro de pessoal foi

<sup>21</sup> BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*. 2006.

<sup>22</sup> LELIS, Davi Augusto Santana de. *Ensaio sobre a atuação estatal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

<sup>23</sup> DIAS, José de Nazaré Teixeira. A reforma administrativa de 1967. *Cadernos de Administração Pública*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

<sup>24</sup> RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90. *Anais [...]*. Lisboa: CLAD, 2002.

<sup>25</sup> ABU-EL-HAJ, Jawdat. A estrutura do Estado e a economia política da intervenção estatal no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*. Fortaleza, 1991.

<sup>26</sup> RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Op. cit, 2002.

preenchido por tecnocratas, ao passo que a burocracia tradicional se mantinha na administração direta<sup>27</sup>.

A formação do Decreto-Lei nº 200/1967 reflete, mais uma vez, a sina brasileira de impedir a relação entre as linguagens da democracia. Seja no Império, seja no período republicano, o governo central sempre buscou por meio de um estilo administrativo centralizador aumentar a sua presença no território da nação. Notadamente, em períodos de surto autoritário, como ocorreu no governo ditatorial de Getúlio Vargas e, também, após o golpe de 1964, que os movimentos reformistas se erguem<sup>28</sup>.

É assim que o Decreto-Lei nº 200/1967 implementa a descentralização sem que haja perda de controle central; na prática utilizou-se o modelo de organizações de grande porte, principalmente em empresas multinacionais, consistente na centralização da estratégia e na descentralização das operações. Nada obstante, com a aplicação prática das proposições da reforma, a consequência lógica observada é a criação de vários centros decisórios distintos a partir da descentralização administrativa, cada qual com suas características próprias e diversas daquelas observadas no topo da organização administrativa, mas em situação de coordenação com a opinião pessoal e as preferências daqueles que ocupam os altos escalões decisórios da administração federal. Conforme demonstra a experiência histórica, o comportamento do alto escalão é de grande impacto na forma de funcionamento e prática administrativa federal.

Além das alterações estruturais, base da descentralização administrativa, como reorganização de funções e pessoal, é imprescindível realizar alterações comportamentais. Nesse sentido, aqueles que ocupam os cargos superiores devem promover iniciativas e estímulos à participação geral dos membros das organizações, de forma a restringir suas tendências de centralização de decisões individuais em prol da criação de um clima organizacional que se desvincule do autoritarismo e da rigidez para, assim, quebrar a indiferença daqueles que aguardam as decisões que vêm dos altos escalões<sup>29</sup>.

O Decreto-Lei nº 200/1967 teve como objetivos a modernização do sistema administrativo, todavia, não se desvinculou das antigas estruturas que lhe serviram de inspiração, mantendo uma administração mecânica, que tem como modelo funcional a adequação do ser humano à estrutura organizacional imposta.

A reforma implementada pelo governo militar por meio do Decreto-Lei nº 200/1967 foi exitosa nas tarefas de formalização, padronização e rotinização, permitindo ao chefe do Executivo que usasse de poderes irrestritos e excepcionais de forma punitiva e coercitiva, em prol de interesses particulares de manutenção do próprio regime autoritário. A modernização buscada, paradoxalmente, acompanhou-se da utilização de ameaças, punições e destituições<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90. *Anais [...]*. Lisboa: CLAD, 2002.

<sup>28</sup> BERTERO, Carlos Osmar. Mudança Organizacional e Processo Decisório. *Revista de Administração de Empresas*. Rio de Janeiro, 1976.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> Idem.

Vislumbra-se que a predileção pelas reformas com foco no viés estrutural em detrimento do viés comportamental não é fruto de desconhecimento por parte do governo ou da necessidade de se cumprir com uma reforma estrutural inicialmente, de outro modo, figurando como opção consciente baseada nos próprios interesses de um governo naturalmente autoritário.

### **As decorrências do Decreto-Lei nº 200/1967**

Mesmo não tendo cumprido as metas a que se propôs, é evidente que o Decreto-Lei nº 200/1967 teve grande influência na consolidação de um novo modelo de administração no Brasil, em substituição ao modelo clássico burocrata, fundamentado nas ideias de Taylor, Fayol e Weber. Imerso em um ambiente de autoritarismo e em um regime autoritário, foi instrumento do Estado para expandir a intervenção no meio econômico e social<sup>31</sup>.

Indubitavelmente, a maior marca da reforma implementada por meio do Decreto-Lei nº 200/1967, que propagava o ideal de modernização da máquina administrativa, foi a criação de instituições da administração descentralizada. A multiplicação de entidades da administração indireta (fundações, empresas públicas, autarquias e sociedades de economia mista) objetivavam facilitar as intervenções que o governo almejava. A expansão da administração indireta teve como consequência a formação de um aparato tecnocrático moderno que contrastava com o aparato burocrático, formal e obsoleto da administração direta, esta última que ficou relegada no ideal reformista do governo ditatorial, o que traz consequências ainda na atualidade<sup>32</sup>.

Nesse sentido, torna-se possível afirmar que a reforma implantada em 1967 não atingiu os desejados propósitos modernizadores. Ela não teve o mérito de diminuir as disparidades burocráticas entre a Administração Pública direta e a indireta, tampouco significou a profissionalização do serviço público. Em verdade, a administração indireta passou a ser utilizada como fonte de recrutamento, normalmente, sem a exigência de concurso público<sup>33</sup>. O regime militar preferiu o atalho do recrutamento de administradores por meio das empresas estatais, ao invés de optar pela redefinição de carreiras e um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, desperdiçando a oportunidade de consolidar uma burocracia profissional forte no país<sup>34</sup>.

Acrescenta-se que a reforma implementada por meio do Decreto-Lei nº 200/1967 não foi a primeira tentativa de reforma gerencial da Administração Pública, ideia que já era fomentada desde a década de 1930, com a criação das autarquias. Sem embargo do propósito de substituição do modelo de administração burocrática, a reforma promovida

---

<sup>31</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 5, set./out. 2008.

<sup>32</sup> MARCELINO, Gileno Fernandes. *Evolução do Estado e reforma administrativa*. Brasília: Sedap, 1987.

<sup>33</sup> LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista do Serviço Público*. Brasília, 1998.

<sup>34</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1996.

por meio do Decreto-Lei nº 200/1967 teve como resultado o favorecimento da sobrevivência do patrimonialismo e do fisiologismo na Administração Pública, ao permitir a contratação de pessoal sem concurso público<sup>35</sup>.

Para além disso, ao deixar de lado a administração direta e central, a qual foi identificada com o burocratismo a ser combatido, houve um enfraquecimento do núcleo estratégico do Estado. A opção por não realizar concursos públicos para carreiras de altos administradores, contratando escalões superiores através das empresas estatais, foi estratégia oportunista do governo militar que descambou no fracasso da reforma.

## **A Constituição de 1988 e a Herança Pós-reformista**

### **A promulgação da Constituição de 1988**

A retomada democrática, simbolizada pela promulgação da Constituição de 1988, representou o ressurgimento e o reconhecimento da necessidade progressista em nossa sociedade, em contraponto à barbárie e ao inescrupuloso experienciado na recente ditadura civil-militar. Sob a ótica jurídica, a promulgação da Constituição de 1988 representa a eleição paradigmática de um novo marco centralizador do ordenamento jurídico pátrio. A complexidade que envolve tal evento ultrapassa a discussão acerca da recepção constitucional dos instrumentos legais do passado, relacionando-se à própria efetividade e aplicação prática dos ditames constitucionais frente às construções históricas e às instituições sociais do nosso tempo.

Para além da recepção formal e material que se confortou sobre certos títulos, como o foi no caso do Decreto-Lei nº 200/1967, emerge a discussão acerca do poder constitucional de reconhecimento e transformação social, buscando desvencilhar-se das amarras e máculas do passado.

No âmbito administrativo do Estado, seara emaranhada de características antidemocráticas como o autoritarismo, o patrimonialismo e a valorização de interesses privados em detrimento dos interesses públicos, mantidas pela reforma ditatorial por meio do Decreto-Lei nº 200/1967, a conformação de uma nova ordem constitucional enfrenta desafios significantes em seus ambiciosos objetivos de transformação social.

Com a promulgação da Constituição de 1988 foi marcada por uma grande ambiguidade histórica. Ao mesmo tempo em que surgiu de um projeto popular e democrático de fortalecimento da proteção social a partir da valorização das instituições do Estado e da sociedade civil, trouxe consigo uma narrativa oriunda do pensamento do livre mercado, que entende o Estado Social e os direitos fundamentais como um fardo a ser carregado. Eis a síntese jurídica dos movimentos modernizadores de nossa história: incorporação de valores liberais em moldes estranhos à nossa formação nacional, sem preocupar em aproximar o povo de suas reais necessidades. Sob essa perspectiva, apesar de sua força a Constituição de 1988 não teve o condão de superar desonras da realidade brasileira, como a ausência de direitos efetivos, o sequestro do público pelo privado e um

---

<sup>35</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1996.



olvidar político aparente<sup>36</sup>.

A expectativa era que, com a Constituição de 1988, a Administração Pública se libertasse da pecha de autoritária e passa-se a compreender a sua missão de concretização de direitos e garantias fundamentais, em expressão do dever-poder imposto pelo texto constitucional. Mas, em verdade, a Constituição de 1988 é o maior reflexo e representação da nossa sociedade, fundamentalmente heterogênea e com sérios problemas e deficiências com relação à cidadania, o que impede materialmente a formação de uma comunidade de sujeitos livres e iguais. Assim, a Constituição de 1988 figura como um ambiente de luta pela garantia de direitos fundamentais em uma sociedade em que muitos não têm acesso nem aos direitos básicos.

### A efetividade constitucional

Interessante debate pode ser estabelecido sobre a problemática acima exposta, no que tange à efetividade do projeto constitucional. No esteio de Correa e Bacha e Silva<sup>37</sup> há que se considerar o embate sob duas óticas distintas, tradicionalmente marcantes: o contraponto entre os liberais e os conservadores.

Oliveira Vianna<sup>38</sup> foi um expoente na defesa de um projeto político conservador. Descrente na adoção de um regime democrático, ele acreditava que só seria possível a adoção pelos Estados-nação quando houvesse um sentimento do Estado Nacional<sup>39</sup>. De acordo com o pensador, ao adotar um regime democrático representativo, na Constituição de 1824, não houve a incorporação do complexo cultural-democrático da Nação por parte do povo-massa.

A imposição legal do regime não teve o mérito de inculcar no povo a prática e os costumes democráticos, de forma que os assuntos estatais não passaram a ser conduzidos de baixo para cima como se deveria<sup>40</sup>. Em decorrência dessa ausência de internalização democrática, o autor afirma que o ideal democrático expresso na Constituição de 1824 tratava-se de mera criação das elites dirigentes do poder no país.

Para Oliveira Vianna a diferença essencial entre o nosso povo e os europeus se encontra, principalmente, na ausência na nossa gente de um espírito comunitário e de um sentimento de pertencimento que levam a uma noção de autogoverno. A incorporação de um regime representativo e de um ideal republicano são práticas externas ao nosso espírito político, configurando o que se chama de Idealismo Constitucional, o qual ele considera como utópico<sup>41</sup>. Entretanto, de modo oposto, ao se constatar o pensamento de Barboza Filho<sup>42</sup>, já tratado neste trabalho, de que há ausência, no Brasil, de uma “religião

<sup>36</sup> CORREA, Leonardo Alves; BACHA e SILVA, Diogo. A Constituição Econômica e a Constituição Real do Capital: um trintenário de tensões. *Trenta anos de constituição e 130 anos de lei Áurea: avanços e retrocessos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.

<sup>39</sup> CORREA, Leonardo Alves; BACHA e SILVA, Diogo. Op. cit.

<sup>40</sup> VIANNA, Oliveira. Op. cit. 1999.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*. São Paulo, v. 37, jan./jun. 2010.



civil”, com fulcro nas linguagens democráticas, oriunda da junção entre a tradição e o liberalismo, é possível dizer que, apesar de nossas peculiaridades históricas, a visão conservadora de que os povos do norte seriam racionais e avançados e nós, os outros, seríamos emotivos e atrasados é equivocada.

De acordo com as linguagens da democracia, cada nação tem sua trajetória sem que seja possível afirmar que será o povo e o modelo estatal das terras estrangeiras a definir a forma como o Brasil deva se organizar. As distinções históricas levam cada qual por caminhos diversos, em comum apenas a necessidade de se fazer conciliar as linguagens da democracia, de se aproximar a esfera política e jurídico do povo enquanto destinatário dos direitos constitucionais. Reside aí o desafio.

No Brasil, a esfera política e jurídica é distante realidade social brasileira, importando modelos inaplicáveis às condições naturais da nossa sociedade. O que ocorre em decorrência dessa inadequação é uma dissonância entre o propósito constitucional e a realidade social. Os comandos e princípios constitucionais permanecem alheios à realidade a que se devem aplicar. A incorporação dos valores de um regime liberal em nossa sociedade foi feita sem uma aprendizagem, gerando grande distorção entre os projetos políticos trazidos nas constituições e a efetiva realidade nacional. Ele ressalta que este é um traço comum entre os povos da América Latina, a desconsideração da tradição dos povos em favor de um projeto político. Essas críticas se direcionam, principalmente, aos representantes do Idealismo Constitucional, como Ruy Barbosa<sup>43</sup>, afirmando que estes tinham o propósito de incorporar um regime liberal em detrimento da tradição, costumes e espírito político do povo<sup>44</sup>.

Roberto Gargarella<sup>45</sup>, ao tratar do constitucionalismo latino-americano, sustenta que os nossos projetos constitucionais carregam consigo o problema da desigualdade. Dessa forma, são forçadas a se voltar para tal questão pendente no seio social, como o foi na Constituição de 1988, que emergiu em meio a um contexto político e econômico controverso. Nesse sentido, é possível identificá-la como positivação das diversas lutas e demandas sociais que foram contidas durante os anos de regime militar que a antecede. Ela representou a formalização de um compromisso político envolvendo os temas que foram objeto de reivindicações e lutas sociais pelos mais distintos segmentos da sociedade civil durante a ditadura<sup>46</sup>.

É necessário observar que, nada obstante a Constituição de 1988 tenha elegido princípios e fundamentos próprios de uma ordem econômica capitalista, ela também contemplou princípios da socialização. Dessa maneira, seria correto dizer que a Constituição de 1988 adotou um sistema capitalista que exige uma atuação estatal na ordem econômica, visando a garantia de um modelo de bem-estar, o que impõe ações governamentais voltadas à justiça redistributiva. Nessa esteira, destaca-se a relevância do aparato administrativo enquanto meio de concretização dos propósitos constitucionais, o

---

<sup>43</sup> BARBOSA, Ruy. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

<sup>44</sup> VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.

<sup>45</sup> GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Buenos Aires: Katz editores, 2014.

<sup>46</sup> CORREA, Leonardo Alves; BACHA e SILVA, Diogo. *A Constituição Econômica e a Constituição Real do Capital: um trintenário de tensões. Trinta anos de constituição e 130 anos de lei Áurea: avanços e retrocessos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

que atribui à Administração Pública a precípua função de equilíbrio social e suporte ao modelo socializante eleito pela Constituição de 1988<sup>47</sup>.

Apesar de trazer em sua conformação uma ampla rede de mecanismos de proteção social e contemplar as reivindicações populares, as condições materiais que refletiam na consolidação do texto constitucional resultaram em um bloqueio em sua efetivação. Tais condições vieram de diversos fatos históricos, como a reorganização da estrutura produtiva, de trabalho, do meio político e geopolítico e, também, cultural. Assim, a Constituição de 1988 é marcada pelo embate entre a soberania da Constituição e a soberania do livre mercado, uma tensão permanente entre a mercantilização ou a sua negação nas diversas esferas sociais<sup>48</sup>.

No âmbito administrativo, buscou-se introduzir princípios e modelos de conduta oriundos do mercado, visando a incorporação no Estado de valores identificados no liberalismo como garantidores de lucratividade e êxito, em valorização da lógica do capitalismo financeiro crescente. Destaca-se que, desde a empreitada reformista ditatorial, instrumentalizada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, a incorporação de valores e diretrizes próprios da lógica de funcionamento do mercado já era prática reiterada no âmbito da Administração Pública, de modo que houve a progressiva mitigação da atuação administrativa voltada à concretização dos mandamentos constitucionais socializantes em prol de uma lógica liberal de funcionamento. Dessa maneira, os mandamentos da Constituição de 1988 foram relegados à relativização extrema, pelas próprias instituições estatais que deveriam resguardar a sua aplicação.

O fato da recepção constitucional do Decreto-Lei nº 200/1967 ilustra a dependência e incapacidade do sistema legal de desvencilhar-se material e estruturalmente dos arquétipos autoritários e antidemocráticos que o conceberam. A promulgação da Constituição de 1988 com seus ambiciosos anseios progressistas se vê dependente de um sistema truncado, que falhou em seus próprios objetivos modernizadores, o que coloca o funcionamento da máquina administrativa preso à reprodução de modelos de conduta conservativos de privilégios e limitadores à incorporação dos valores democráticos pretendidos pelo diploma constitucional.

Para além da dependência material e estrutural, o maior desafio que se apresenta à concretização dos propósitos progressistas no campo administrativo relaciona-se à reforma comportamental tão necessária e pendente no âmbito da Administração Pública e nas estruturas que a orbitam. Aqueles que exercem o poder e gerenciam a máquina administrativa alimentam o gosto pelo moderno burocratismo que visa a manutenção do fisiologismo e das benesses que a perversão do interesse público em prol do interesse privado pode gerar.

Em tempos de descrença no Poder público, os discursos de valorização da lógica do setor privado enquanto modelo de conduta a ser seguido, cuja existência não é recente, são reforçados e ganham espaço dentro da própria estrutura administrativa pública. O

---

<sup>47</sup> CORREA, Leonardo Alves; BACHA e SILVA, Diogo. A Constituição Econômica e a Constituição Real do Capital: um trintenário de tensões. *Trinta anos de constituição e 130 anos de lei Áurea: avanços e retrocessos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>48</sup> Idem.

ímpeto oportunista de implosão toma espaço na seara administrativa como objetivo principal, ofuscando ainda mais a persecução dos objetivos progressistas eleitos na Constituição de 1988 também para a Administração Pública. A crise constitucional, que é também democrática, não é fruto apenas da modernidade, vem desde a gênese da nação; no caso da Administração Pública, a crise é representada pela permanência no tempo e no espaço dos ditames administrativos criados durante o período da ditadura civil-militar. Assim, nenhuma proposta de ampliação de esferas democráticas<sup>49</sup> é capaz de contornar o problema proposto sem que se compreenda a necessidade de se fazer comunicar as três linguagens da democracia.

### Considerações Finais

No decorrer da trajetória histórica, o pensamento político social brasileiro foi aliado a projetos antidemocráticos em prol de uma suposta modernização. Estes projetos foram consubstanciados nas perspectivas advindas das linguagens da razão e do interesse em prejuízo da linguagem dos afetos. O resultado da infeliz aliança é o rompimento com a tradição e com todos os bons frutos que a historicidade brasileira pode produzir.

O mesmo se dá com a reforma administrativa implementada pelo governo ditatorial. O movimento reformista já delineado pelos governos anteriores foi instrumentalizado e desenvolvido na malha do autoritarismo, característica historicamente predominante no Brasil que, à época da reforma, funcionava como verdadeiro protocolo de atuação para o governo. Para além do aspecto de ausência de legitimidade democrática que é característico de um governo não eleito e ditatorial, a estratégia do Executivo para implementar a reforma modernizadora demonstra com clareza a sistemática antidemocrática adotada. A escolha pela implementação da reforma por meio de Decreto-Lei escancara a iniciativa de furtar do Poder Legislativo a prerrogativa deliberativa que lhe é própria, privando o Congresso das discussões que poderiam ser contrárias aos interesses privados do governo militar.

O Decreto Lei nº 200/1967 é promulgado objetivando levar a eficiência da empresa privada para o setor público, modernizando o Estado a partir da incorporação de valores e diretrizes provenientes do liberalismo. Ocorre que a modernização buscada não se preocupou com a obrigação de equilíbrio e interação entre as três linguagens da democracia, se mostrando, em verdade, oposta a qualquer forma de institucionalidade política da tradição representante da linguagem dos afetos. O pensamento político-social liberal considerou que a reforma estatal deveria preceder a reforma social, de forma a criar os sujeitos adequados a partir de um modelo imposto de Estado, na tentativa de um recomeço. Como consequência lógica da incompreensão da necessidade, mormente, da valorização da linguagem dos afetos, a reforma administrativa e as instituições liberais por ela trazidas se distanciaram do povo brasileiro, da sociedade a que se prestavam, resultando no fracasso do projeto modernizador.

---

<sup>49</sup> KOZICKI, Katya; FALLER, Maria Helena Fonseca. Radicalizando a democracia, redefinindo a esfera pública, redesenhando instituições: um ensaio para maior participação popular na política. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria, 2020.

Objetivamente, a principal marca da reforma, a criação de inúmeras entidades da administração indireta, terminou por tornar-se meio para recrutamento discricionário de pessoal que, em verdade, visava possibilitar a intervenção crescente do regime ditatorial no meio econômico e no meio social. O oportunismo da medida reformista fica evidente ao se observar o descaso pela administração direta, que foi relegada à obsolescência, gerando um abismo entre as estruturas da Administração Pública brasileira.

A reforma administrativa implementada por meio do Decreto-Lei nº 200/1967 foi, propositalmente, voltada para o viés estrutural, desconsiderando a cogente reforma comportamental para a garantia de seu êxito. Na prática, o que se observou como resultado da implementação da reforma foi a criação de vários centros decisórios que eram guiados no sentido dos interesses privados daqueles que detinham os cargos superiores.

Não houve, de fato, a mudança ou modernização que seriam necessárias na estrutura decisória. A estrutura piramidal foi mantida, fomentando um clima organizacional autoritário na administração indireta. A lógica comportamental arcaica manteve seu funcionamento, sendo os indivíduos relegados à mera tarefa de cumprir decisões vindas de seus superiores. Por certo que a reforma estrutural foi estratégia consciente do governo militar e não mera ignorância. Em verdade os detentores do poder mantinham desprezo pela emancipação dos indivíduos enquanto seres pensantes, de forma que lhes furtando a possibilidade de desenvolverem suas potencialidades e sua imaginação no âmbito da máquina administrativa, mantinha-se o funcionamento do aparato em benefício próprio dos líderes autoritários.

A reforma administrativa implementada por meio do Decreto-Lei nº 200/1967 é uma forma de representação e materialização da conformação sociológica do Brasil, refletindo, portanto, a incompreensão da linguagem dos afetos e os prejuízos decorrentes nos diferentes âmbitos da sociedade. Por exemplo, no âmbito da Administração Pública, ao se manter estruturas autoritárias, não permitindo aos empregados a participação deliberativa, impede-se que os indivíduos se realizem enquanto animais políticos que demandam participação na coletividade. Em consequência, se perpetua a falta de autoidentidade e, também, de identidade coletiva. Levado o exemplo à máxima da extensão da sociedade brasileira, essa falta de identificação enquanto elemento formador da unidade nacional, ocasionada pelas seguidas rupturas com a tradição em prol de projetos vazios de modernização, impede a formação de uma “religião civil”. Essa “religião civil” seria alicerce para que os brasileiros pudessem desenvolver suas potencialidades e contribuir para a consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, em reprimenda de práticas autoritárias de outrora que ainda insistem em ressoar na atualidade, mesmo após a promulgação e, sob a égide da Constituição de 1988.

Nada obstante o valor idealista e simbólico do marco constitucional da Constituição de 1988, sua efetividade ainda se vê refém das amarras históricas que se manifestam no dia a dia da sociedade brasileira. As dívidas e reivindicações de um passado desvalorizado e não acolhido pelos projetos políticos retornam a todo tempo, se expondo em cada empreitada do Estado em busca de um sonhado salto desenvolvimentista.

Os intentos em prol da incorporação do liberalismo salvador, que teria a chave para um futuro de progresso, mostram-se, na realidade, como mais uma feição do desconhecimento das grandezas e das potencialidades internas de nossa sociedade, cujo vigor independe da importação de modelos estruturais e comportamentais alienígenas. A grande luta travada em defesa dos ideais progressistas trazidos na Constituição de 1988 envolve, para além da superação de suas próprias máculas materiais, a absorção de seus valores em uma sociedade repleta de estruturas e instituições historicamente antidemocráticas, viciadas em práticas autoritárias.

Para além da sustentação de um sistema administrativo através de um título legal (Decreto-Lei nº 200/1967) eivado de corrupção formativa, o grande obstáculo a ser superado relaciona-se à revitalização e à valorização da consciência e essência do público no seio social brasileiro. A própria atividade pública de fiscalização e averiguação do cumprimento e persecução do interesse público é prejudicada, uma vez que os sujeitos destinatários e legítimos possuidores da *res publica* são limitados da própria compreensão de seu papel e de sua identidade, individual e coletiva. Não se consolida a noção de autogoverno.

A mudança e a assunção do poder, capazes de concretizar os ideais progressistas e democráticos que compõem parte significativa da Constituição devem partir do povo, haja vista que as classes política e jurídica atuam pela lógica de reprodução comportamental, em benefício próprio. A emancipação deve se dar pela legitimação do texto constitucional junto aos seus destinatários reais, que devem vigiar pela correição do sistema, para além do mero aspecto de normatividade escrita, alçando o status de compromisso social coletivo.

O que se vislumbra como saída em meio ao caos sistemático da atualidade é o paradoxo de superar a si próprio, sem que o esquecimento do passado ofusque a formação do autoconhecer. A solução dos problemas internos do sistema só pode se dar com o seu reconhecimento e exposição. A autopoiese é o único meio real capaz de garantir a emancipação da nossa sociedade, o que jamais se dará com a incorporação de propagados modelos de sucesso adventícios.

## REFERÊNCIAS

ABU-EL-HAJ, Jawdat. A estrutura do Estado e a economia política da intervenção estatal no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*. Fortaleza, v. 22, n. 1/2, 1991.

BARBOSA, Ruy. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

BARBOZA FILHO, Rubem. As linguagens da democracia. *Revista brasileira de ciências sociais*. São Paulo, v. 23, n. 67, jun. 2008.

BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas*. São Paulo, v. 37, jan./jun. 2010.



BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. *Boletim de Ciências Económicas*. Coimbra, v. 69, 2006.

BERTERO, Carlos Osmar. Mudança Organizacional e Processo Decisório. *Revista de Administração de Empresas*. Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, mar./abr. 1976.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1996.

CORREA, Leonardo Alves; BACHA e SILVA, Diogo. A Constituição Económica e a Constituição Real do Capital: um trintenário de tensões. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; RODRIGUES, Poliana Lino (org.). *Trinta anos de constituição e 130 anos de lei Áurea: avanços e retrocessos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 42, n. 5, set./out. 2008.

DIAS, José de Nazaré Teixeira. A reforma administrativa de 1967. *Cadernos de Administração Pública*. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1968.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Buenos Aires: Katz editores, 2014.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Teresa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KOZICKI, Katya; FALLER, Maria Helena Fonseca. Radicalizando a democracia, redefinindo a esfera pública, redesenhando instituições: um ensaio para maior participação popular na política. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria, v. 14, n. 3, e34534, set./dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369434534>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/34534> Acesso em 18 mar. 2020.

LELIS, Davi Augusto Santana de. *Ensaio sobre a atuação estatal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista do Serviço Público*. Brasília, v. 49, n. 2, abr./jun. 1998.

MARCELINO, Gileno Fernandes. *Evolução do Estado e reforma administrativa*. Brasília: Sedap, 1987.

RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90. In: VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 2002, Lisboa. *Anais [...]*. Lisboa: CLAD, 2002.



RODRIGUES, José Honório. *Teoria da História do Brasil: introdução metodológica*. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.

Data de Recebimento: 21/10/2021.

Data de Aprovação: 14/02/2022.

## A REGULAMENTAÇÃO DA SEXUALIDADE PELO ESTADO: ENTRE MORALIDADES E DIREITOS FUNDAMENTAIS

### REGULATION OF SEXUALITY BY THE STATE: BETWEEN MORALITIES AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Carla Bertoincin\*

Elisângela Padilha\*\*

Mariana Ponciano Ribeiro Renno\*\*\*

#### RESUMO

O Estado tem legitimidade para interferir no comportamento sexual das pessoas? A partir dessa problemática, o estudo tem por objetivo geral pesquisar acerca da legitimidade do Estado para interferir no comportamento sexual dos indivíduos. A pesquisa contribui para os debates acerca de novas demarcações e contornos da sexualidade humana. Conclui-se que o Estado deve atuar no sentido de impedir que a sexualidade seja utilizada como base de discriminação, intimidação, violência e segregação social. A intervenção estatal apenas pode ser justificada quando ocorrer a violação de direitos sexuais, ou quando estiverem sob ameaça de violação. Trata-se de pesquisa qualitativa, com a utilização do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: direitos sexuais; direito das famílias; direitos humanos; intervenção estatal na vida privada.

#### ABSTRACT

Does the state have the legitimacy to interfere in people's sexual behavior? Based on this problem, the study has the general objective to research about the legitimacy to interfere in the sexual behavior of individuals. The research contributes to the debates about new demarcations and contours of human sexuality. It was concluded that the debates about new demarcations and contours of human sexuality. It was concluded that the State must act to prevent sexuality from being used as a basis for discrimination, intimidation, violence and social segregation. State intervention can Only be justified When the violation of sexual rights occurs, or When They are under threat of rape. It is a qualitative research, using the hypothetical-deductive method.

\* Doutora em Direito Pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC – BRASIL. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru -SP. Professora adjunta do Curso de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado e Doutorado) e do Curso de Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora do Curso de graduação em Direito do Centro Universitário UNIFIO – Ourinhos – SP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8287398590266450>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4116-2431>. E-mail: bertoincinicarla@uol.com.br.

\*\* Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Projuris/Unifio. Graduada em Direito pela UNIFIO/Ourinhos-SP. Professora de Direito na UNIFIO/Ourinhos – SP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3483259221864117>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0075-449X>. E-mail: padilha.lm@gmail.com.

\*\*\* Mestranda em História Social pela Universidade Estadual de Londrina – PR. Pós-graduanda em Gestão Cultural pela Universidade Estadual do Paraná. Graduada do Curso de Direito pelo Centro Universitário de Ourinhos/SP, Graduada em História pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, campus Jacarezinho/PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0503861456685737>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5902-0570>. E-mail: mariponrenno@hotmail.com.

Key-words: sexual rights; family law; human rights; State intervention in private life.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho é um convite à reflexão equilibrada, racional e desapassionada sobre o sexo que, apesar de ser uma realidade importante e natural que acompanha a humanidade desde seus primórdios, ainda hoje o tema provoca problemas, perplexidades e inconstâncias na sociedade contemporânea.

As últimas décadas passaram por instigantes transformações sociais, culturais, tecnológicas, científicas, políticas e econômicas que refletiram na forma como o indivíduo compreende o sexo. O estágio atual é de algumas rupturas com algumas ideias fundamentais sobre a sexualidade humana, antes aceitas como verdades absolutas. Cada vez mais o sexo vem sendo discutido publicamente, mas as incertezas e a ausência de consenso com relação às ideias básicas ainda permanecem.

Se, em sua dimensão biopsicológica, o sexo é inato, derivando das leis da natureza e antecede ao Direito, a sexualidade deve ser compreendida no contexto sociocultural, estando intimamente atrelada ao poder decorrente de classe, raça e, sobretudo, gênero. O tema não se refere apenas aos desejos e intimidades, pois a realidade é multifacetada, marcada por normas culturais e religiosas, estruturas de parentesco, vulnerabilidades, liberdades políticas e sociais.

Por tudo isso, em razão da inexistência de homogeneidade no que tange à moral sexual, em particular nas democracias ocidentais, destaca-se o aumento de circunstâncias conflituosas, acarretando a politização e judicialização das questões relativas ao sexo. Por sua vez, cabe ao Direito minimizar os conflitos e estabilizar as relações sociais, apresentando soluções jurídicas que permitam uma convivência minimamente organizada e saudável entre os diversos grupos sociais, mesmo diante de concepções das mais variadas sobre o tema.

Nesse contexto, o presente estudo parte da seguinte problemática: teria o Estado legitimidade para interferir no comportamento sexual dos indivíduos?

A hipótese que se apresenta é a de que o Estado não tem legitimidade para regular as questões relativas ao comportamento sexual das pessoas e tampouco impor moralidades sexuais, mas apenas de normatizar aquelas questões que apresentem interesse público, que são relevantes para permitir o convívio ordenado e a estabilidade social, de modo a garantir ainda o exercício dos direitos sexuais de cada indivíduo e a convivência harmônica do grupo social.

Sendo assim, tem-se por objetivo geral pesquisar acerca da legitimidade para interferir no comportamento sexual dos indivíduos. Para tanto, no capítulo 2 foram estudadas as raízes históricas da relação entre Direito, família e comportamento sexual. Também foi apresentado no capítulo 3 o atual estágio do processo de reconhecimento dos direitos sexuais e, por fim, tratou-se da regulamentação do sexo pelo Direito.

A pesquisa contribui para tornar salientes as novas demarcações e contornos da sexualidade humana, pois em um país em que a Constituição de 1988 fixou bases consistentes em um projeto democrático emancipatório, tem-se a necessidade de delinear os limites da intervenção do Estado nas liberdades individuais. Trata-se de pesquisa qualitativa, utilizando-se do método hipotético-dedutivo.

## **Sexualidade e direito no Brasil: raízes históricas**

São muitas as indeterminações existentes acerca do conceito de sexo e, no presente estudo, adota-se a concepção de que a sexualidade é um fenômeno natural, de ordem biológica; logo, todos os seres humanos são essencialmente iguais, porquanto compartilham características biológicas. No entanto, o comportamento sexual é um fenômeno social, resultado de influências culturais que determinam os padrões de socialização de cada indivíduo. Exatamente por isso, a sexualidade humana pode variar de uma sociedade para outra.

Mas a história da relação entre sexualidade e Direito no Brasil apresenta muitas peculiaridades e remonta ao calor tropical libidinoso do Brasil Colônia.

### **A sexualidade no período colonial**

O passado colonial foi marcado pela sexualidade sem freios, com destaque para a sodomia, o incesto, a poligamia, a nudez, a promiscuidade e o desejo lusitano pelas índias. Nesse período em que a sexualidade era tida como afluída e pecaminosa, a pressão e repressão maior se impunham sob o gênero feminino. Com isso, o Estado, a Igreja e a Moral buscavam mecanismos para “domar a megera”, sendo a mulher, portanto, submissa às leis do Estado, da religião e dos homens de sua família.

Segundo Emanuel Araújo, a sexualidade feminina assim justificava-se:

Das leis do Estado e da Igreja, com frequência bastante duras, à vigilância inquieta de pais, irmãos, tios tutores, e à coerção informal, mas forte, de velhos costumes misóginos, tudo confluía para o mesmo objetivo: abafar a sexualidade feminina que, ao rebentar as amarras, ameaçava o equilíbrio doméstico, a segurança do grupo social e a própria ordem das instituições civis e eclesiásticas. A todo-poderosa Igreja exercia forte pressão sobre o adestramento da sexualidade feminina. O fundamento escolhido para justificar a repressão da mulher era simples: o homem era superior, portanto, cabia a ele exercer a autoridade<sup>1</sup>.

Por sua vez, os preceitos teológicos condenavam o sexo por prazer e o marido que desejasse sua esposa para fins que não fossem a procriação, cometia pecado gravíssimo. Para Laura de Mello e Souza, “a sexualidade se confundia com o casamento, legitimando-se nele; o objetivo máximo de um e outro era a procriação: como consequência natural,

---

<sup>1</sup> ARAUJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia. In: *História das Mulheres no Brasil*. Mary Del Priore (Org.). São Paulo: Contexto, 2018. p. 45.

amor e fertilidade acabavam se identificando na mentalidade popular”<sup>2</sup>.

Numa época em que o conhecimento sobre a concepção ainda era bastante impreciso, apenas compreendiam que o esperma exercia papel essencial e os demais elementos da procriação possuíam explicações sobrenaturais. A sexualidade que, se confundia e legitima-se com o casamento, tinha por objetivo principal a procriação. Esta, que remetia a Deus, era consequência natural do amor e da fertilidade. A sociedade antiga na Europa não fazia distinção entre os universos científico e o sobrenatural<sup>3</sup>.

Entretanto, ainda na perspectiva religiosa e maternal, é interessante pontuar que a romantização acerca da maternidade já ocorria no período colonial. A maternidade representava o apogeu da vida da mulher colonial, momento em que ela se declarava pura e se aproximava de “Maria”, mãe de Jesus. Cumpre ratificar que essa consideração se refere apenas às mulheres brancas, uma vez que as mulheres negras e indígenas estavam condenadas ao fardo violento da escravidão.

Nessa esteira de raciocínio, há de se falar do insigne *Mito do Éden* que prefigurou como pretexto justificativo da censura religiosa cristã. Partindo do pressuposto de que na relação Eva-Adão, Eva tentou Adão ao pecado, logo, as mulheres são condenadas eternamente a ressarcir o possível “erro de Eva”, justificando o controle específico desse grupo.

Diante dessa violência de gênero oriunda de vários institutos, as mulheres buscavam artifícios para exprimir sua sexualidade, tais como festividades, vestimentas e práticas de sodomia, dentre outras possibilidades encontradas.

No que diz respeito às festividades, a manifestação da sexualidade ocorria por meio das danças. Exemplo disso é a festa de São Gonçalo, homenagem ao santo casamenteiro, popular no período. Ademais, vale ressaltar as festividades condenadas pela igreja, mas que ainda assim resistiam, tais como o Batuque (festa tradicional de origem afro-brasileira) e o Lundu (dança rural de origem africana).

Acerca do vestuário, pode-se dizer, que se trata de um recurso relacionado à vaidade que permitia às mulheres a notoriedade que desejavam. Portanto, as mulheres abusavam de trajes excessivos e pomposos, que incitavam o desejo masculino, salientavam a sedução feminina e confirmava sua posição social frente as escravizadas que se encontravam em estado de maior vulnerabilidade.

Já a sodomia, definida em dicionários atuais como o sexo anal, representava para o período muito mais do que essa definição. A sodomia abarcava todas as práticas sexuais que não seguiam o padrão exigido pela Igreja tais como o sexo oral, anal, o sexo homossexual e práticas sexuais em posições incomuns. A justificativa para essa condenação recai novamente na obrigação de sexo apenas para a procriação, conforme elucida Emanuel Araújo: “[...] uma vez na cama, os teólogos e moralistas condenavam o coito com o homem em pé, sentado ou por baixo da mulher, casos em que o esperma pro-

<sup>2</sup> MELLO E SOUZA, Laura de. O padre e as feitiçeras: notas sobre a sexualidade no Brasil Colonial. In: *História e sexualidade no Brasil*. Ronaldo Vainfas (Org.). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986. p. 13-15.

<sup>3</sup> Idem, p. 15.

criador poderia desperdiçar-se ao não entrar no lugar certo”<sup>4</sup>.

Nesse ponto, cumpre destacar a condenação quanto à homossexualidade, eis que figurava dentro do pecado da sodomia. No período, a legislação condenava, demasiadamente, a homossexualidade para ambos os sexos, e os corpos eram queimados para que não houvesse memórias e todos os bens eram confiscados para a coroa. Porém, seu controle recaía principalmente sobre as mulheres, correspondendo como penalidade máxima a ser condenada pela caça às bruxas – inquisição. Existia, ainda, a pretensão de controlar a sexualidade feminina de vários modos e níveis<sup>5</sup>.

Percebe-se, assim, o quanto as leis do Estado e da Igreja se confundiam e fundiam no período. O modo inquisitorial de justiça atingiu seu apogeu na Época Moderna. Trata-se de um tribunal eclesiástico basicamente voltado contra os desvios da fé e que contava com os poderes dos civis para a execução dos culpados de heresia.

Grande exemplo de punição a qual se refere a citação anterior é o sistema inquisitório que, no Brasil, ficou conhecido por Santo Ofício da Inquisição e foi cunhado pela igreja católica no ano de 1550. Esse sistema teve como objetivo perseguir, julgar e punir principalmente aqueles que não seguiam a lei imposta pela igreja.

Conforme Laura de Mello e Souza: “Era, portanto, uma ética cristã que legitimava amor e sexualidade no Brasil-Colônia, manifestando-se tanto na vertente culta quanto na popular”<sup>6</sup>.

Cumpre destacar também a repressão sofrida pelos indígenas no período da América Portuguesa, também alvo da “caça às bruxas”, pois não se pode olvidar que representam um grupo étnico que sofreu demasiadamente com a colonização, sendo submetido ao processo de aculturação, ou seja, apagamento de sua cultura em proveito de outra cultura dominante. Batismos massivos eram realizados com o objetivo de convencer os indígenas de que deveriam mudar de nomes e abandonar seus deuses e costumes sexuais, sobretudo a poligamia e a homossexualidade. Também as mulheres não poderiam andar com seus peitos nus e os homens teriam que trocar a tanga pelas calças<sup>7</sup>.

Nesse contexto, é notório o eurocentrismo imposto no Brasil, modificando os costumes dos indígenas que aqui habitavam para uma realidade monogâmica, patriarcal e capitalista. Além disso, deve-se destacar novamente sobre os métodos para atingir o padrão ideal estipulado pelos colonizadores brancos, que tinham cunho violento promulgado pelo Estado aliado da Igreja Católica.

Além da problemática evidente do processo de aculturação imposto aos indígenas, no qual seus costumes e comportamentos sexuais foram julgados pecaminosos pela igreja católica da cultura europeia, registra-se ainda a hiperssexualização descrita em livros didáticos de história como “desejo pelas índias”, que comumente foram estupradas pelos colonizadores, desembocando na miscigenação brasileira. Silvia Federici descreve em

---

<sup>4</sup> ARAUJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia. In: *História das Mulheres no Brasil*. Mary Del Priore (Org.). São Paulo: Ed Contexto, 2018. p. 53.

<sup>5</sup> Idem, p. 65.

<sup>6</sup> MELLO E SOUZA, Laura de. O padre e as feiticeiras: notas sobre a sexualidade no Brasil Colonial. In: *História e sexualidade no Brasil*. Ronaldo Vainfas (Org.). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986. p. 17.

<sup>7</sup> FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: Mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2020. p. 385.



metáfora esse aspecto: “Na fantasia europeia, a América em si era uma mulher nua, sensualmente reclinada em sua rede, que convidava o estrangeiro branco, a se aproximar”<sup>8</sup>.

Também não se pode perder de vista o recorte racial, uma vez que a estrutura colonial se consolidava a partir do sistema escravagista. A escravidão no Brasil, que perdurou por mais de 300 anos, também surtiu efeito na temática referida ao sexo. Sabe-se que entre os escravizados existiam mulheres e homens, e esses estavam em pé de igualdade no sistema no que se refere ao trabalho e a resistência, como se houvesse um desprovemento de gênero para ambos, já que a raça se sobrepunha.

Entretanto, é necessário pontuar que no que diz respeito à repressão, as mulheres negras escravizadas eram duplamente violentadas. Isso ocorre devido à agravante da violência da escravidão somada ao fardo do gênero, já que as mulheres, além de sofrerem com as mesmas repressões aplicadas aos homens, também eram exploradas e violentadas sexualmente. Sendo assim, as mulheres mais vulneráveis eram as escravas, eis que sofriam todos os tipos de coerção sexual e as punições eram das mais violentas, tais como açoitamento, mutilação e estupros, o último era uma expressão de domínio econômico do proprietário com relação às mulheres negras na condição de trabalhadoras.<sup>9</sup>

A exploração sexual justificava-se pela teoria do embranquecimento, como se as mulheres negras escravizadas permitissem o estupro almejando alcançar a raça suprema e pura branca, conforme se representa no quadro *A redenção de Cam*.

Com o auxílio de um dos poemas de Gregório de Mattos, importante poeta brasileiro, barroco, inserido no período colonial, é possível compreender a origem da cultura do estupro que perpetua o “Mito da mulher negra depravada”, ainda resistente nos dias de hoje.

#### **O espírito e a carne**

Minha rica mulatinha  
Desvelo e cuidado meu,  
Eu já fora todo teu,  
E foras toda minha  
Juro-te, minha vidinha,  
Se acaso minha quês ser,  
Que todo me hei de acender  
Em ser teu amante fino pois  
Porque já perco o tino,  
E ando para morrer<sup>10</sup>.

O mito ilustrado pelo poema supracitado desenrola-se sobre a perspectiva de que a mulher negra é promíscua. Verifica-se essa permanência na atualidade, sobre o discurso “branca para casar, mulata para fuder”, onde são explícitas a objetificação e hiperssexualização dos corpos negros, provocadas pelo sistema colonial escravagista, que explorava sexualmente as mulheres como forma de repressão ou benfeitoria (pela

<sup>8</sup> FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: Mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2020. p. 402.

<sup>9</sup> DAVIS, Angela. O legado da escravidão: parâmetros para uma nova condição da mulher. In: *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 20.

<sup>10</sup> Gregório de Matos.

perspectiva do homem branco europeu). Cumpre ressaltar ainda que também a igreja considerou as pessoas negras sem alma, autorizando e estimulando a escravidão.

Todavia, a “mulher branca” também era violentada, pois, conforme pode ser verificado em Gilberto Freyre, em “casa grande & senzala”, a maioria começava a gerar filhos aos 12 anos de idade, sendo descartada da vida amorosa aos 18 anos, quando já era considerada “velha” e “feia”, desgastada pela violência a que eram submetidas e pelas gestações praticamente ininterruptas. A partir de então, aquele cruel sistema imposto levava a que fosse considerada somente uma “reprodutora”.

Pelo exposto, percebe-se as permanências do período colonial para os dias de hoje, tais como o patriarcado, a monogamia, o racismo e a intolerância religiosa. Em uma sociedade supostamente democrática, lembranças do período colonial permanecem vivas a partir de novas roupagens e funções, mantendo intactas as relações de gênero, segundo a cor e a raça instituídas no período escravista<sup>11</sup>.

Assim, é possível compreender a estrutura dessas permanências e com isso o motivo para que ainda haja hoje em dia luta e resistência do movimento negro, indígena e feminista. O Estado, por sua vez, deve considerar a perspectiva decolonial para ressarcir e solucionar as problemáticas provenientes do período colonial.

## **Reconhecimento dos direitos sexuais e regulamentação do sexo pelo Estado**

A maior parte da doutrina nacional e estrangeira reconhece os direitos sexuais enquanto desdobramentos de direitos humanos e fundamentais, positivados no cenário jurídico internacional e no ordenamento jurídico interno, respectivamente.

Embora já formalmente reconhecidos juridicamente, no tocante ao exercício dos direitos sexuais, encontram-se ainda inúmeras dificuldades e resistências decorrentes, muitas vezes, de uma da interpretação equivocada e injusta da legislação.

Primeiramente, cumpre destacar que os direitos sexuais integram a personalidade de cada ser humano. Embora cada pessoa tenha comportamentos sexuais distintos ao longo da vida, o fato é que a sexualidade continua sendo o ponto central da vida social e humana, eis que abrange várias dimensões do corpo, da mente, envolvendo políticas, saúde e sociedade<sup>12</sup>. Para Mário Delgado, a sexualidade da pessoa está inserida entre as esferas mais íntimas e recônditas de sua vida privada e qualquer atitude de invasão nessa esfera, ainda que seja dos pais, resulta em violação do direito da personalidade<sup>13</sup>. Por conseguinte, é preciso reforçar que a proteção da sexualidade, enquanto parte da condição humana, apresenta como fundamento a proteção da dignidade humana.

Logo, sendo os direitos humanos universais, os direitos sexuais não privilegiam ninguém, por sua própria natureza, eis que todos devem ser titulares dos mesmos direitos

<sup>11</sup> LINHARES, Kleiton. *O corpo da mulher negra: A dualidade entre o prazer e o trabalho*. Universidade Estadual de Maringá: Simpósio Internacional de Educação Sexual, 2015. p. 20.

<sup>12</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. *Estado, Sexo e Direito: reflexões acerca do processo histórico do reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2015. p. 242.

<sup>13</sup> DELGADO, Mário Luiz. *Direitos da personalidade nas relações de família*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/34.pdf>. Acesso em 14 mar. 2021.

e deveres. Além disso, não se está a tratar de novos direitos, mas sim da aplicação igualitária e extensiva de direitos já consagrados, em situações relacionadas à sexualidade<sup>14</sup>.

Sobre o tema, Glória Careaga Pérez:

(...) os direitos humanos incluem a sexualidade como uma dimensão da vida das pessoas e que ao buscar o melhoramento social não se pode deixá-la de lado. Então, faz-se necessário que os governantes assumam um compromisso com a laicidade, com a pluralidade, e com a educação sexual, além de assegurar que nossas sociedades possam crescer e amadurecer em termos de deliberação democrática. A laicidade das instituições políticas do Estado e os Direitos Humanos continuam sendo parte fundamental para assegurar os direitos de maiorias e de minorias para, a partir da identidade e da alteridade, construir outras formas de união<sup>15</sup>.

Desse modo, cumpre ao Estado observar que a moralidade não é fixa e imutável. Ao contrário, a sociedade evolui e, a partir daí, as concepções acerca da moralidade sexual devem ser continuamente aperfeiçoadas de modo a refletir o desenvolvimento em todos os campos do conhecimento.

Ademais, a sexualidade vai muito além das disposições legislativas. Para Bauman, vive-se uma época de incertezas e os relacionamentos tornaram-se recreativos e instantâneos, sem remorsos<sup>16</sup>.

Os mais conservadores temem pela expansão desenfreada e desordenada dos direitos sexuais, sob o argumento de que poderia ocorrer um aumento dos casos de estupro, de assédio sexual, incesto etc. Tal pensamento é equivocado, eis que pesquisas demonstram que são justamente nas regiões mais conservadoras dos Estados Unidos que se encontram as maiores taxas de divórcio, gravidez na adolescência e consumo de pornografia<sup>17</sup>.

Nesse contexto, entende-se que nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que a sexualidade humana. A intimidade e a vida privada são direitos individuais de elevação constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais<sup>18</sup>. A partir daí questiona-se acerca do papel do Direito enquanto instrumento necessário para uma convivência ordenada das pessoas em sociedade. No que tange à ordem sexual, o Direito sempre exerceu função central em relação às demais normas sociais, quer seja para proibir certos comportamentos ou até

---

<sup>14</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. *Estado, Sexo e Direito: reflexões acerca do processo histórico do reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2015. p. 243.

<sup>15</sup> PÉREZ, Glória Careaga. Direito à sexualidade e seus contextos. p. 15. In: BORRILLO, Daniel. Fernando Seffner; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: Ed. da UFCSPA, 2018. p. 7-17.

<sup>16</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 86.

<sup>17</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. Op. cit, p. 262-263.

<sup>18</sup> Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF n. 132.

mesmo para permitir e até mesmo estimular. Logo, o direito acaba sendo um instrumento de poder<sup>19</sup>.

Nesse contexto, rejeita-se a legitimidade de o Estado para fazer uma opção dentre as mais diversas moralidades sexuais existentes. O Estado deve regulamentar o sexo, todavia, deve se ater àquelas questões absolutamente necessárias para permitir a convivência ordenada dos indivíduos em sociedade, de modo a garantir mesmo nível de proteção recíproca aos direitos sexuais de cada membro do corpo social<sup>20</sup>.

Não cabe ao Estado decidir no tocante às diversas moralidades sexuais existentes, sobretudo com relação às questões que não apresentem interesse público. Caso contrário, além de injustificada, tal tomada de decisão fere flagrantemente a autonomia moral dos indivíduos que, na busca de sua felicidade e realização, são mais bem acolhidos, se dispuserem de um espaço de liberdade no que concerne a condutas pessoais, de cunho sexual ou não<sup>21</sup>. Os versos de Carlos Drummond de Andrade também relatam incertezas e imprevisibilidades das relações pessoais:

João amava Teresa que amava Raimundo que amava Maria que amava Joaquim que amava Lili, que não amava ninguém. João foi para os Estados Unidos, Teresa para o convento, Raimundo morreu de desastre, Maria ficou para tia, Joaquim suicidou-se e Lili casou com J. Pinto Fernandes que não tinha entrado na história<sup>22</sup>.

Não pode o Estado pretender reduzir a diversidade sexual e uma pluralidade de modos possíveis de vida a um padrão de relacionamento sexual e afetivo único. “O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade”<sup>23</sup>. Logo, é evidente que a partir de qualquer tensão entre direitos sexuais de cada pessoa na coletividade, tem-se a necessidade de regulamentação pelo Estado a fim de assegurar a estabilidade e harmonia sociais. A partir do momento em que os interesses entre as pessoas podem ser incompatíveis, é dever do Estado regulamentar o comportamento sexual, desde que tenha por objetivo impedir que o exercício da liberdade de um não se sobreponha ao dos demais.

Sendo assim, não pode o Estado pretender disciplinar a sexualidade transformando-a em objeto de dominação, pois devem ser respeitadas a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana. Assim como a igualdade é fundamental para a

---

<sup>19</sup> QUINALHA, Renan. Direitos humanos e diversidade sexual: uma mirada crítica. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 76, p. 157-164, out./dez. 2016. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista76/revista76\\_157.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista76/revista76_157.pdf). Acesso em 14 mar. 2021.

<sup>20</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. *Estado, Sexo e Direito: reflexões acerca do processo histórico do reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2015. p. 262.

<sup>21</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>22</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. Quadrilha. In: *Antologia poética*. 56. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 193.

<sup>23</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ministro Luís Felipe Salomão. Recurso Especial n. 1.183.378-RS. DJe: 01/02/2012. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/STJRecursoEspecial1183378RS.pdf>. Acesso em 14 mar. 2021.

democratização política, também o é para a democratização intimidade, eis que cabe apenas aos consortes a regulamentação de suas sexualidades.<sup>24</sup>

Daí resulta o papel de o Estado atuar por meio de promoção de políticas públicas para impedir que a sexualidade, a partir de um discurso de ódio, seja utilizada como base de discriminação, intimidação, violência e segregação social. A intervenção estatal apenas pode ser justificada quando ocorrer a violação de direitos sexuais, ou quando estiverem sob ameaça de violação. Deseja-se, nesses casos, um Estado “presente” para resguardar a dignidade humana.

O cenário, pois, ainda é de medo e incompreensão. Enfim, a sexualidade pertence ao domínio íntimo e não pode ficar ao arbítrio do Estado. Não lhe incumbe mais disciplinar impositivamente a sexualidade, sob pena de restringir a autonomia imprescindível ao exercício da democracia.

### **Considerações finais**

Se o sexo é inato e deriva das leis da natureza, a sexualidade, por sua vez, deve ser compreendida no contexto sociocultural, eis que está intimamente atrelada ao poder decorrente de classe, raça e, sobretudo, gênero. Trata-se de uma realidade multifacetada marcada por desejos, intimidades, normas culturais e religiosas, estruturas de parentesco, vulnerabilidades, liberdades políticas e sociais.

Nesse contexto, em decorrência da ausência de homogeneidade no que tange à moral sexual, sobretudo nas democracias ocidentais, ganha destaque a politização e judicialização das questões relativas ao sexo. Nesse contexto, teria o Estado legitimidade para interferir no comportamento sexual dos indivíduos? Partindo dessa problemática, o estudo apresentou breve história da relação entre sexualidade e Direito no Brasil, que remonta ao Brasil Colônia, período marcado pela sexualidade sem freios, com destaque para a sodomia, o incesto, a poligamia, a nudez, a promiscuidade e o desejo lusitano pelas índias. Nesse período, a sexualidade era considerada pecaminosa e era ainda controlada pela Igreja e pelo Estado.

Atualmente, os direitos sexuais encontram-se formalmente reconhecidos tanto no cenário jurídico nacional quanto internacional, enquanto desdobramentos dos direitos humanos e fundamentais. Todavia, o cenário ainda é de inúmeras dificuldades e resistências decorrentes de interpretações equivocadas e injustas da legislação.

A intimidade e a vida privada são direitos individuais de elevação constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais. Os direitos sexuais integram a personalidade de cada pessoa e a sua proteção apresenta como fundamento a proteção da dignidade humana.

Sendo assim, não cabe ao Estado tomar decisões sobre as diversas moralidades sexuais existentes, sob pena de ferir gravemente a autonomia privada dos indivíduos. Rejeita-se a legitimidade de o Estado para disciplinar impositivamente comportamentos

---

<sup>24</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 334-335.

sexuais.

O Estado deve atuar no sentido de garantir a estabilidade e a harmonia sociais, sempre com o objetivo de prevenir qualquer tensão entre direitos sexuais de cada pessoa na coletividade e a impedir que o exercício da liberdade de um não se sobreponha ao dos demais, resguardando a dignidade da pessoa humana.

Não pode o Estado negar a pluralidade sexual e pretender padronizar os relacionamentos sexuais a partir de um modelo afetivo único. O Estado existe para permitir que as pessoas vivam seus projetos de vida e desenvolvam plenamente sua personalidade a partir de um amplo rol de liberdades. É preciso, pois, por meio de políticas públicas impedir que a sexualidade seja utilizada como fato de discriminação, violência e segregação social. Eis o papel do Estado: o de resguardar a dignidade da pessoa humana quando esta estiver sob ameaça de violação.

Todavia, o cenário ainda é alarmante, com destaque para o medo e a incompreensão. Enfim, a sexualidade pertence ao campo da intimidade e não pode ficar ao arbítrio do Estado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. *Quadrilha*. In: *Antologia poética*. 56. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia. In: PRIORE, Mary Del (Org.); PINSKY, Carla Bassanezi (Coord. de textos). *História das mulheres no Brasil*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

DAVIS, A. O legado da escravidão: parâmetros para uma nova condição da mulher. In: *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Mário Luiz. *Direitos da personalidade nas relações de família*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/34.pdf>. Acesso em 14 mar. 2021.

DIAS, Rodrigo Bernardes. *Estado, Sexo e Direito: reflexões acerca do processo histórico do reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2015.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: Mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Ed Elefante, 2020.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

LINHARES, Kleiton. *O corpo da mulher negra: A dualidade entre o prazer e o trabalho*. Universidade Estadual de Maringá: Simpósio Internacional de Educação Sexual. 2015.



Disponível em: <http://www.sies.uem.br/trabalhos/2015/623.pdf>. Acesso em 13 nov. 2020.

MELLO E SOUZA, Laura de. O padre e as feiticeiras: notas sobre a sexualidade no Brasil Colonial. In: VAINFAS, Ronaldo (Org.). *História e sexualidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.

QUINALHA, Renan. Direitos humanos e diversidade sexual: uma mirada crítica. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 76, p. 157-164, out./dez. 2016. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista76/revista76\\_157.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista76/revista76_157.pdf). Acesso em 14 mar. 2021.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ministro Luís Felipe Salomão. Recurso Especial n. 1.183.378-RS. DJe: 01/02/2012. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/STJRecursoEspecial1183378RS.pdf>. Acesso em 14 mar. 2021.

Data de Recebimento: 10/07/2021.

Data de Aprovação: 11/03/2022.

## COMPLIANCE SUPRANACIONAL COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

### SUPRANACIONAL COMPLIANCE AS A DEVICE FOR THE PROMOTION OF THE COMPANY SOCIAL FUNCTION

*Luciana de Aboim Machado-  
Yuri Matheus Araújo Matos\*\*  
Amanda Inês Moraes Sampaio\*\*\**

#### RESUMO

Pretende-se investigar instrumentos para a concretização da função social da empresa, segundo a capacidade dos seus destinatários. Parte-se da compreensão desse princípio como forma de efetivação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Enfatiza-se a relação das sociedades empresárias transnacionais, em que comumente é observada a prática de dumping internacional, que consiste em técnica empresarial de afastamento dos deveres inerentes à função social da empresa. Defende-se a supranacionalidade como técnica de resolução ao dumping internacional. A solidificação dos tratados internacionais, mediante participação conjunta dos Estados na estruturação de um sistema supranacional também se apresenta como solução, visto que sua aplicabilidade direta e imediata aos ordenamentos internos pode permitir a unificação legislativa apta a ilidir o dumping social, ambiental e a elisão fiscal. Para o desenvolvimento da pesquisa e alcance de seus resultados, utilizou-se essencialmente um estudo bibliográfico e hermenêutico de periódicos, livros, jurisprudências nacionais e internacionais e Diretivas da União Europeia.

Palavras-chave: Compliance; Dumping; Função social da empresa; Internacionalização; Supranacionalidade.

\* Doutora em Direito (USP). Pós-doutora em Direito (UFBA e Università Degli Studi G. d'Annunzio/Itália). Mestre em Direito (PUC/SP). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e Professora Associada da UFS. Coordenadora da Rede de Estudos de Direitos Humanos e Transnacionalidade (REDHT). Vice-presidente da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Guillermo Cabanellas. Líder do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais: seus reflexos nas relações sociais (GEDH/UFS/CNPq). Áreas de interesse: Constitucionalização dos Direitos, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Mediação de Conflitos. Idiomas: espanhol, inglês e italiano. E-mail: [lucianags.adv@uol.com.br](mailto:lucianags.adv@uol.com.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2113227493246846>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5724-6368>.

\*\* Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Bolsista Capes. Membro do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais: seus reflexos nas relações sociais (GEDH/UFS/CNPq). Membro do Projeto de Pesquisa (PROMOB) Programa de Mobilidade de Docentes e Discentes entre UFS e UNISINOS financiado pela CAPES/FAPITEC (Edital 10/2016), sob coordenação da Professora Doutora Luciana de Aboim (UFS) e do Professor Doutor Anderson Teixeira (UNISINOS). Advogado. Áreas de interesse: Constitucionalização do Direito e Direito empresarial. Idiomas: inglês. E-mail: [ymam1996@hotmail.com](mailto:ymam1996@hotmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6922375396237923>.

\*\*\* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Bolsista da Capes. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Judicial de Sergipe. Membro do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais: seus reflexos nas relações sociais (GEDH/UFS/CNPq). Membro do Projeto de Pesquisa (PROMOB) Programa de Mobilidade de Docentes e Discentes entre UFS e UNISINOS financiado pela CAPES/FAPITEC (Edital 10/2016), sob coordenação da Professora Doutora Luciana de Aboim (UFS) e do Professor Doutor Anderson Teixeira (UNISINOS). Advogada. Áreas de interesse: Direito Público, Constitucionalização do Direito e Mediação dos Conflitos. Idiomas: inglês e espanhol. E-mail: [amandaimsampaio@gmail.com](mailto:amandaimsampaio@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1883033841171730>.

---

**ABSTRACT**

---

It's intended to investigate instruments for the realization of the company's social function, according to the capacity of its recipients. It starts with the understanding of this principle as a way of making the horizontal effectiveness of fundamental rights effective. The relationship of transnational business companies is emphasized, in which the practice of international dumping is commonly observed, which consists of a business technique to avoid the duties inherent to the company's social function. Supranationality is defended as a technique for resolving international dumping. The solidification of international treaties, through the joint participation of States in the structuring of a supranational system, also presents itself as a solution, since its direct and immediate applicability to internal regulations may allow legislative unification capable of preventing social, environmental dumping and tax avoidance. A bibliographic and hermeneutic study of journals, books, national and international jurisprudence and European Union directives was used.

Key-words: Compliance; Dumping; Company social function; Internationalization; Supranationality.

## INTRODUÇÃO

Os reflexos da aproximação hermenêutica entre o direito e a moral sobre o sistema empresarial brasileiro devem ser examinados com enfoque nas compreensões sobre o conceito de empresa e empresário e sua responsabilidade socioeconômica. Como instituições e em especial indivíduos, com deveres sociais, sem detrimento da autonomia patrimonial.

A ampliação da concepção de responsabilidade social está atrelada a seguinte premissa: o desenvolvimento da atividade econômica e a concepção de dever estatal de tutela da dignidade da pessoa humana devem ser difundidas entre os demais atores, responsabilizando-os segundo a sua capacidade. Portanto, relevante o estudo dos deveres empresariais com esse fim.

Contudo, o âmbito empresarial não é homogêneo, sendo recorrentes as divergências sobre o alcance dos deveres inerentes à sua atividade – dentre eles, a função social da empresa. Através das principais teorias sobre a concepção de empresa e empresário, busca-se aferir objetivamente o alcance subjetivo da função social da empresa. Ao partir do pressuposto da responsabilidade decorrente da capacidade, são vislumbrados os limites e as ponderações sobre o princípio.

Dentre os destinatários da função social da empresa foi constatado que determinados atores internacionais possuem maior aptidão ao seu desrespeito, em virtude da atuação transnacional. Consequentemente é constatado o *dumping* internacional como técnica empresarial de afastamento dos deveres inerentes à função social da empresa. Estuda-se a adoção da supranacionalidade no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento para a sua resolução. Isto é, ao problema (*dumping* internacional) é proposta a coordenação internacional sobre os procedimentos como hipótese de resolução.

É hipótese secundária no presente estudo a relevância do *compliance* para a adequação entre a estrutura interna da sociedade empresária e a sua política empresarial. Este corresponde ao conjunto de diretrizes para o cumprimento de normas legais pela sociedade empresária, bem como para a simplificação do cumprimento das obrigações acessórias e transparência internacional e popular da função social da empresa.

Para este fim é adotado como metodologia o estudo hermenêutico de periódicos, livros e jurisprudência internacionais, das Diretivas e a estruturação da União Europeia acerca da reforma fiscal e da proteção dos refugiados, bem como da aplicabilidade prática das técnicas procedimentais de mitigação ao dumping internacional no âmbito empresarial.

### **Reflexos formais do constitucionalismo empresarial**

Ao apresentar novas diretrizes a segunda metade do século XX e ao terceiro milênio a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou o marco histórico do constitucionalismo europeu. Fator incentivador da constitucionalização-releitura, promovendo profundas mudanças nas ordens econômicas nacionais ocidentais. Relevante reflexo no âmbito empresarial foi retorno de uma teoria subjetivista (mitigada) do conceito de empresário, como reflexo da reaproximação entre o direito e a moral – marco filosófico do neoconstitucionalismo – decorrente do pós-positivismo.

Busca-se assegurar a concretude da norma constitucional sobre os sistemas jurídicos, em especial o empresarial. Um dos mecanismos utilizados a este fim é a positivação na Constituição da República Federativa do Brasil de matérias inerentes à legislação ordinária (em que pese inexistia sistema constitucional empresarial explícito<sup>1</sup>). Trata-se de matéria dispersa na Lei Maior<sup>2</sup>.

Consequentemente, o empresário<sup>3</sup> passou a ser figura central do ordenamento moderno<sup>4</sup>. Constata-se, desta maneira, uma evolução da compreensão de empresa como

---

<sup>1</sup> Todavia, isto não torna o direito empresarial “menos” constitucional. As suas proteções à liberdade comercial, propriedade intelectual, isonomia, neutralidade concorrencial e não intervenção decorrem não somente do art. 170, CRFB, mas da teleologia da Lei Maior: a busca por uma sociedade desenvolvida sob o prisma socioeconômico e justa. Afinal, “O caráter predominantemente social toda a Constituição “Cidadã”, de 1998, materializou-se particularmente nos princípios da função social da propriedade e dos contratos”. RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Barueri: Editora Manole, 2007. p. 92.

<sup>2</sup> O art. 5º, XXIX, exemplificativamente, trata da proteção do nome empresarial. O art. 7º, XI, da Participação nos Lucros. O art. 11, da eleição de representante nas sociedades empresárias com mais de 200 empregados. Há ainda impedimentos para parlamentares empresários, normas específicas para as microempresas, proteções ao empreendedorismo nacional (a exemplo do setor jornalístico de radiodifusão), custeio da seguridade, e alguns dispositivos sobre o regime jurídico empresarial.

<sup>3</sup> Não obstante o uso literal do termo “direito comercial” pela Constituição é permitida ao Código Civil a adoção da teoria da empresa, com participação de destaque de Sylvio Marcondes, encampando assim a doutrina italiana de 1942. Ainda assim a respectiva teoria não foi inaugurada com o Código Civil de 2002. Alguns diplomas legislativos (exemplificativamente, o Código de Defesa do Consumidor) e a jurisprudência pátria já utilizavam alguns elementos específicos.

<sup>4</sup> Mais amplo que o comerciante, segundo a doutrina de Arnaldo Rizzardo, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, FranMartins, Aclibes Burgarelli e Gustavo Tepedino, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: STJ, REsp 326.491/AM, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 30/06/2003. p. 176.

instituição para ramo de atividade<sup>5</sup>. Principal reflexo disso reside nas obrigações sociais do empresário, através da superação da noção institucionalista<sup>6</sup>. Passa-se a compreender como sujeito cuja atividade econômica organizada possui não somente o fim de obter lucros, mas também de conferir um retorno à sociedade no qual está inserido. Trata-se de dever inerente à sua atividade: de desenvolvê-la objetivando os seus destinatários como fim, não meio<sup>7</sup>. Assim a própria vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*)<sup>8</sup> é privilegiada<sup>9</sup>.

Entretanto, o processo assecuratório dos direitos pode carecer de disponibilidade político-econômica e gestão pública e privada<sup>10</sup><sup>11</sup>. Da revisão bibliográfica foi constatado que as sociedades empresárias possuem papel relevante na alteração da disponibilidade econômica e gestão privada, com o fim de assegurar in concreto os direitos previstos na Constituição e no Ordenamento Internacional, em sintonia com o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos<sup>12</sup>. O dever do empresário – como sujeito de direitos e deveres – de atuação conforme a proteção da dignidade da pessoa humana decorre da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Do estudo econômico se observou que a concepção de primeira dimensão (segundo a teoria de Karel Vasak) de proteção do indivíduo em face ao Estado passa a ser insuficiente com o fortalecimento dos atores econômicos e comportamento das sociedades empresárias como instituições transnacionais<sup>13</sup>. Portanto, imperativo o fortalecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (atraindo o

---

<sup>5</sup> Trata-se de relevante lição observada em FORGIONI, Paula A. *A Evolução do Direito Comercial: Da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>6</sup> “A justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam”. SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 12.

<sup>7</sup> “E quando você faz algo para si mesmo, ou para seu melhor amigo, ou para sua família, você não vai fazer porcaria.” ISAACSON, Walter. *Steve Jobs: As Verdadeiras Lições de Liderança*. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Schwarcz, 2014. p. 19.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>9</sup> A propósito, “um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção podem ser adiados *sine die*, além de confiado à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral, ou, no máximo, política, pode ser chamado corretamente de direito?” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 78.

<sup>10</sup> “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas”. HESSE, Konrad. *Op.cit.*, p. 15.

<sup>11</sup> “No caso brasileiro a crise no processo de concretude dos direitos é agravada em decorrência do “grau de desigualdade e heterogeneidade superior ao observado na grande maioria dos países que desenvolveram sistemas de proteção social”. (DAIN, Sulamis. *Experiência Internacional e Especificidade Brasileira*. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.). *Reforma Tributária e Federação*. São Paulo: FUNDAP Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. p. 33). Com precária organização arrecadatória e má alocação redistributiva, a concretização dos direitos humanos resta prejudicada.

<sup>12</sup> Trata-se de obediência ao transconstitucionalismo, tal qual entrelaçamento de ordens jurídicas diversas (estatais, transnacionais, internacionais e até mesmo supranacionais) em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.

<sup>13</sup> SILVA, Arlene Rocha da. *Dumping e Direito Internacional Econômico*. In: *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UNICEUB*. Brasília, v. 2, n. 2. p. 390-417, jul./dez. 2005.



aspecto horizontal e diagonal)<sup>14</sup>. Esta é uma eficácia direta e imediata, pois o texto constitucional possui máxima efetividade também na esfera particular<sup>1516</sup>. Logo, há determinação às pessoas jurídicas de direito privado em sentido amplo que: a) abstenham-se de violar os direitos alheios; b) garantam nos seus contratos a observância dos direitos de terceiros e c) não permaneçam inertes à realidade social na que situadas<sup>17</sup>.

Determinar que as sociedades empresárias respeitem e promovam a dignidade da pessoa humana não significa simplesmente delegar funções originalmente estatais (de segunda dimensão em especial), mas reconhecer que todos os atores socioeconômicos possuem deveres relacionados à sua própria natureza. O Estado é somente um deles, ainda que por muito tempo se apresentando como principal, mas de relevância proporcionalmente reduzida com o fortalecimento da atividade econômica globalizada.

### **Adequação das obrigações empresariais conforme os seus destinatários**

Relevante instrumento à concretização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito empresarial é a função social da empresa. Seus destinatários são aqueles que possuem aptidão para a respectiva obediência no seio jurídico empresarial<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116-118.

<sup>15</sup> Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decide que viola a igualdade o tratamento diferenciado entre funcionários brasileiros e franceses, por companhia aérea: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (STF. *Recurso Extraordinário nº 161.243-DF*, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997).

<sup>16</sup> Veda o Supremo a expulsão de cooperado por cooperativa sem a observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (STF. *Recurso Extraordinário nº 161.243-DF*, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997).

<sup>17</sup> Instrumentos específicos asseguram os pressupostos descritos: a tutela externa do crédito, função social da empresa e dos contratos, boa-fé objetiva, cooperação e, em especial, a análise do contrato como um processo. Outros princípios específicos do direito empresarial também concretizam o mandamento de tutela da dignidade da pessoa humana: a proteção do contratante mais fraco; eficácia dos usos e costumes; inerência do risco (alheabilidade, ou *ajenidad*, do direito laboral internacional), transparência dos processos falimentares, tratamento paritário dos credores, são alguns exemplos.

<sup>18</sup> Três principais correntes auxiliam a identificação da empresa, e, conseqüentemente, do empresário. Para a concepção poliédrica da empresa, de Alberto Asquini, ela possui os aspectos subjetivo, funcional, objetivo



Não obstante a separação patrimonial, o mandamento de tutela da função social não se destina somente à instituição, mas especialmente àqueles que exercem a sua respectiva atividade. Afinal, a empresa, como atividade econômica organizada, é desenvolvida pelo empresário<sup>19</sup>.

Assim sendo, a função social da empresa é alcançada como ramo e atividade de relevância econômica, com todos os seus aspectos – não somente o institucional. Portanto, todos os que estão inseridos na relação empresária possuem a obrigatoriedade de obediência ao mandamento constitucional<sup>20</sup>.

Não se trata de alteração do objetivo empresarial, que permanece primordialmente o lucro<sup>21</sup>. Ou seja, a pretensão de evidência da função social da empresa não visa excluir tal mandamento. Almeja-se a integração de valores objetivamente considerados ao seu processo produtivo, segundo a capacidade da sociedade empresária.

Não se pode exigir, entretanto, obrigações semelhantes daqueles que se encontram em situações jurídicas distintas, sob pena de se ferir a igualdade material. A simples caracterização como sujeito de direito empresarial não cria isonomia absoluta entre todos

---

(patrimonial) e corporativo (como decorrência do pensamento classista). Sob o prisma econômico, Ferri identifica-se a empresa como unidade organizada dos fatores de produção. Para a noção jurídica, é a atividade em si desenvolvida pelo empresário. Utiliza-se a noção jurídica como parâmetro, assim como o faz a codificação civil: atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens e serviços. A organização empresarial remete aos fatores de produção – terra, trabalho, capital e tecnologia). Sempre será necessário dispor de um determinado complexo de bens – materiais, imateriais, domínio. Já o aglomerado de pessoas é facultativo. Mas o estabelecimento é essencial para configuração da organização. Quanto à produção ou circulação de bens ou serviços, o serviço é atividade em favor de terceiros. O bem, produzido para terceiros – dirigido ao mercado, jamais a própria atividade empresarial (bens consumidos durante o processo de produção não deveriam ser tributados. Se exclusivamente para uso próprio, ou ainda, com sentido mutualístico, como as cooperativas, não há empresa. Em relação à natureza jurídica da empresa, há as seguintes correntes: para Rubens Requião, é objeto de direito. Para Marlon Tomazette e Ricardo Negrão, fato jurídico em sentido amplo (como acontecimento – concepção abstrata). Trata-se, portanto, daqueles que devem observar a função social da empresa, com o fim de concretizar o mandamento constitucional de proteção da pessoa humana e do meio ambiente, nos seus atos e contratos. Alcança o referido princípio todo o regime empresarial, consistente na relação da qual decorrem deveres e responsabilidades peculiares, como a obrigatoriedade de registro (art. 1.150 a 1.154, CC), escrituração contábil (art. 1.179 a 1.195, CC) e elaboração de demonstrações financeiras periódicas.

<sup>19</sup> Trata-se do sujeito da relação jurídica, cuja caracterização observa os seguintes requisitos: profissionalismo, exercício efetivo de atividade econômica, organização, escopo de produção ou circulação de bens e serviços, e a capacidade civil plena (art. 972 do Código Civil). Em relação ao profissionalismo, é constatado a partir da habitualidade, monopólio de informações e personalidade. Quanto a esta, decorre da assunção do risco (daí a responsabilização civil objetiva e o fortuito interno, exemplificativamente), contratação de empregados (caso da alheabilidade, ou *ajenidad*, ressalvadas as exceções sobre microempresários, contratação de robôs e empresas completamente virtuais) e exercício da atividade em nome próprio (disto decorre a concepção de gerência e preposição. Enunciado n. 28, CJF, de direito empresarial: em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados por vício da lesão fundada na inexperiência.

<sup>20</sup> No seguinte trabalho há explicação aprofundada sobre o tema: ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. *Empresa na Ordem Econômica: princípios e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>21</sup> Neste sentido, GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Por este motivo fundações e associações não exercem atividade empresarial e não são consideradas sociedades empresárias: o lucro para elas é meio, e não o fim. Neste sentido, decide o Superior Tribunal de Justiça que os profissionais liberais não se enquadram no elemento empresa. O exercício de atividade significa que não se exaure, como o ato. Ademais, a falta de lucro não descaracteriza o empresário (não confundir objetivo com realização). Por fim, licitude é requisito para a atividade econômica, pois a sua ausência enseja não atuação em nome próprio, com a falta do registro/arquivamento (art. 35, I, Lei n. 8.934/94).

os seus destinatários. Em alguns aspectos é reconhecida a horizontalidade das relações, como ocorre no fortalecimento do *pacta sunt servanda* no âmbito empresarial<sup>22</sup>. Mas algumas obrigações (especialmente as que exigem um *facere* positivo) devem considerar as diferenças entre os empresários. Daí a razão de atenção especial às micro e pequenas empresas, às *startups*<sup>23,24</sup> e às sociedades empresárias transnacionais<sup>25</sup>.

Em relação as últimas, as tentativas de *enforcement* estatal da função social da empresa possuem limitação clara, não obstante as experiências modernas de extraterritorialidade legislativa: os contornos da sua jurisdição. Estes impedem que as normas de proteção social, ambiental, combate à elisão fiscal e *accountability* da sociedade empresária tenham sua eficácia reduzida sobre companhias internacionais<sup>26</sup>,

<sup>22</sup> Neste sentido compreende o Superior Tribunal de Justiça que o amadorismo não deve ser elemento justificante, pois o empresário deve possuir conhecimento sobre o empreendimento. Alegar a própria incapacidade acarretaria o benefício da própria torpeza, contrariando o dever de boa-fé objetiva.

<sup>23</sup> É o caso das *startups*, exemplificativamente. Possuem estrutura, lógica de funcionamento e finalidade distintas das sociedades em geral. São suas características específicas a inovação técnica e validação intensa junto à demanda, que permitem o crescimento acentuado do negócio em curto espaço de tempo. A noção clássica de empreendedorismo é maximizada, sobrelevando-se o *know-how* em relação aos fatores convencionais de terra, trabalho e capital. Há atenção especial, desta maneira, à inovação, tal qual “introdução no mercado de produtos, processos, métodos ou sistemas não existentes anteriormente, ou com alguma característica nova e diferente daquela até então em vigor, com fortes repercussões econômicas.” MELO, Hebart dos Santos. *Dicionário Tecnologia e Inovação*. Fortaleza: SEBRAE, 2010. p. 57.

<sup>24</sup> A principal característica deste modelo de negócios não reside no seu tamanho, mas na aptidão de desenvolvimento. A constituição das *startups* ocorre através de 4 (quatro) etapas: ideação, validação, tração e escala. Na primeira, os indivíduos identificam no público geral a aptidão à recepção da sua ideia. Usualmente decorre de pesquisas preliminares de mercado com análise de demandas reprimidas e predileções por nicho de consumo. Na validação há proteção ao estágio inicial das empresas do setor de tecnologia e inovação, em especial. São elaboradas pesquisas de maior aprofundamento, com a adaptação do empreendimento. Coloca-se no mercado o MVP (produto minimamente viável), para o teste da recepção pública. Caso haja desfecho negativo, passa por adaptação, chamada *pivotadas*, repetindo-se o procedimento até a sua viabilidade comercial. Deixa de existir caso elas não obtenham sucesso. Com a colocação do MPV em mercado há, na prática, o exercício de atividade empresária, sem o regular registro junto ao REPEM, estabelecido no art. 967 do Código Civil. As sanções de não proteção do patrimônio dos sócios e crime de recuperação e falência caso estas ocorram, seriam assumidas pelos empreendedores. Por esta razão o art. 60-A, §2º da Lei Complementar n. 167/2019 permite a experimentação provisória pelas *startups*. Assim também estabelece a Medida Provisória n. 881/2019, art. 3º, VII. Os investidores externos vinculam o aporte de recursos à organização jurídico-administrativa, que é construída ao final do período de validação. A falha na diligência (*due diligence*) no momento da tração evidencia o mau assessoramento jurídico, caso ocorra. Na tração há exploração econômica da atividade, com o seu regular desenvolvimento. Neste momento recebe os primeiros investimentos mais relevantes, e é a última oportunidade para a regulação jurídica inicial, com o registro junto ao REPEM e às autoridades tributárias. Com a escala, por fim, há a transformação da *startup* em sociedade empresária em pleno desenvolvimento. Sujeita-se a partir de então ao regramento empresarial geral. Pode-se observar melhor explicação sobre o assunto em BRAGA, Anderson de Moraes. *O Projeto de Lei do Novo Código Comercial e suas Implicações Práticas no Cenário das Startups*. Monografia de Graduação. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará. 2016; GRAHAM, Paul. *Want to start a startup? Get funded by Y Combinator*. 2012. Disponível em: <http://www.paulgraham.com/growth.html>. Acesso em 1 jun 2020; RODRIGUEZ, Christian Abel Moreira; Notari, Marcio Bonini. *O Startups no Direito Empresarial Brasileiro*. In: Anais da 14. Mostra Iniciação Científica CONGREGA. Campinas: UNICAMP, 2017.

<sup>25</sup> Visão prospectiva do alcance subjetiva da função social da empresa objetiva e internacionalização do princípio, com o fim de assegurar o estabelecimento de deveres conforme a capacidade dos atores econômicos e garantir o seu devido cumprimento.

<sup>26</sup> “Add to that greater interdependence between countries, globalization of the economy, importante increase of transnational companies around the world, and the continued chronic indebtedness of nations, and it will become clear that the prioritization of conventional supranational rules will, to a certain degree, escape us.” GORDILLO, Agustín. *An Introduction to Law*. Londres: Esperia. 2003. p. 106-107. Acrescente-se

consequência do fenômeno *globalizatório*<sup>27</sup>.

Mas deixar de produzir em determinada nação com o fim de obter tratamento jurídico privilegiado, sem justificação de ordem socioeconômica, pode caracterizar o dumping internacional. Além de se obter evidente vantagem produtiva através do desrespeito aos padrões mínimos de *compliance*, o barateamento do custo da produção permite vantagem competitiva no mercado internacional.

Identificou-se no estudo bibliográfico que relevante solução à questão, utilizada pelo Brasil, reside na competência do CADE. Trata-se das medidas antidumping. Mas o fortalecimento da heteronormatividade interna, expressão máxima da soberania, por si só, não é meio hábil à resolução da questão<sup>28</sup>. Pode haver instrumento mais eficaz, consistente na mitigação do poder soberano em favor da coordenação internacional<sup>29</sup>: trata-se da solidificação dos tratados internacionais, através da participação conjunta dos Estados na estruturação de um sistema supranacional<sup>30</sup>. Sua aplicabilidade direta e imediata aos ordenamentos internos pode permitir a unificação legislativa apta a ilidir o dumping social, ambiental e a elisão fiscal.

### **Ordenamento internacional como solução aos *dumpings* transnacionais**

Parte-se do pressuposto que a lei é instrumento para a garantia dos direitos fundamentais, os quais lhe preexistem<sup>31</sup>. Esta concepção pós-positivista, essência do neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo, legitima um ordenamento internacional principiológico. A sua abertura semântica e interpretação realística, teleológica e justa representam relevante passo na formação da jurisprudência das Cortes Internacionais<sup>32</sup>. Todavia, para a concretude direta de um ordenamento supranacional,

---

a isto a maior interdependência entre países, globalização da economia, aumento importante de empresas transnacionais ao redor do mundo e o contínuo endividamento crônico das nações, e ficará claro que a priorização das regras supranacionais convencionais, em certo grau, nos escapará (Tradução livre).

<sup>27</sup> “Implica um processo complexo em vários países que se aplica à produção de bens e serviços desde uma perspectiva unitária.” LOPES, Cláudio Célio de Araújo. *O Modelo IVA de Tributação como Instrumento para um Novo Federalismo Fiscal Brasileiro Diante da Globalização*. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz e UNIFOR. 2006. p. 108.

<sup>28</sup> “A partir do momento em que não se adaptam as normas internas a um mercado consumidor competitivo por motivos ligados ao problema de arrecadação e divisão de receitas internas e vincula-se a impossibilidade de qualquer alteração ao problema da estabilização da economia, todo o processo de integração pode vir a sofrer danos irreparáveis.” MEIRELLES, José Ricardo. *Impostos Indiretos no Mercosul e Integração*. São Paulo: LTr, 2000. p. 35.

<sup>29</sup> “The Convention and the rest of the acts of supranational law obviously eliminate the internal power of each country or government as being unconditional and unlimited”. GORDILLO, Agustín. Op. cit, p. 118. A Convenção e os demais atos legais supranacionais obviamente eliminam o poder interno de cada país ou governo como incondicional ou ilimitado (Tradução livre).

<sup>30</sup> Importante explicação sobre o tema é apresentada em TAVARES, André Ramos. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio De Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>31</sup> “Individual rights today pre-exist the Constitution, judgments, governmental laws and regulations, etc.” “Os direitos individuais hoje pré-existem a Constituição, os julgamentos, leis governamentais e regulamentações, etc.” (Tradução livre) GORDILLO, Agustín. *An Introduction to Law*. Londres: Esperia. 2003.

<sup>32</sup> “A good interpretation is ideally one that a) is realistic and sensible, b) is valuable or fair, c) is teleological or finalist, and d) considers the facts that determined our joining a particular convention.” GORDILLO, Agustín. *An Introduction to Law*. Londres: Esperia. 2003. p. 115. Uma boa interpretação é idealmente uma que a) é realista e sensível; b) é valiosa e justa; c) é teleológica ou finalística, e d) considera os fatos que determinaram a nossa adesão à convenção particular. (Tradução livre)

isto pode não bastar. Daí a exigência prática de normas homogêneas de conduta e procedimento estatal, cuja interpretação objetiva essencialmente a integração regional<sup>33</sup>.

O sistema Europeu, fortalecido a partir dos tratados de Roma e de Maastricht, pode servir de parâmetro para a harmonização internacional latino-americana<sup>34</sup>. O ato de importar institutos deve, de fato, observar as peculiaridades locais<sup>35</sup>. Contudo, a principiologia e algumas técnicas de participação comunitária podem servir como rele-

---

<sup>33</sup> “The only finalist interpretation congruent with the Convention, human rights, and international “community law” is one that searches for solutions by asserting its effectiveness, guaranty of and immediate enforceability of individual rights, and regional integration.” GORDILLO, Agustín. Op. cit, p. 116. A única interpretação finalística congruente com a Convenção, os direitos humanos e a “lei comunitária” internacional é a que busca soluções afirmando a sua eficácia e garanta a imediata força executória dos direitos individuais, e a integração regional.

<sup>34</sup> Em resumo, diversas são as lições obtidas com a experiência europeia: a importância da integração político-econômica para o desenvolvimento dos mercados e efetivação das políticas sociais; a lição de necessidade de unificação da tributação do consumo para alcançar o objetivo supracitado, mediante utilização de idêntica hipótese de incidência/fato gerador, com aspecto temporal equânime, apenas um sujeito ativo da obrigação tributária, apenas uma alíquota e base de cálculo, em todo o território nacional; a transação interestadual de bens e serviços não deve constituir fato gerador do Imposto sobre o Valor Agregado: a simples alienação já corresponderia legalmente à hipótese de incidência. Não haveria diferença, portanto, entre a prática comercial dentro ou fora do mesmo estado. Entretanto, o contribuinte deverá relatar na declaração do IVA o adquirente e o seu estado (à exceção das transações B2C, em que só deverá apresentar o estado do comprador), com o fim de promover o controle da sonegação e elisão abusiva; o fim dos gravames indiretos aos exportadores, que constituem verdadeiros resquícios da cumulatividade, com a substituição do crédito físico pelo financeiro, por exemplo; o uso de balcões únicos na importação e exportação, com identificação no registro da transação, pelo contribuinte de direito, do estado e município do qual se destinou ou ao qual se destinará o bem. Isto será útil para a distribuição imediata do fundo único entre União, Estados, DF e Municípios; uso de linguagem clara e acessível, em especial para os pequenos operadores, mediante imagens, gráficos e setor especializado de atendimento ao público. Pode-se utilizar como modelo o Simples Nacional, por exemplo; ampliação da base fiscal e limitação das isenções taxas reduzidas, bem como evolução gradativa do já festejado critério do *business porpose*; a atualização de dados no sistema pelos contribuintes (com a declaração do IVA) deve corresponder ao controle imediato e informatizado, sem necessidade de ação humana para a maior parte das detecções de fraudes. É importante ainda a integração deste sistema com um maior, para o MERCOSUL; para estimular a cooperação entre os entes federativos e também os municípios, adotar a rapidez e qualidade na troca de informações e fiscalização entre os entes como um dos aspectos da variante “qualidade da administração e fiscalização do IVA”, que seria um dos fatores estabelecidos por EC ou em LC para a fixação do montante do fundo único geral a ser repassado para a União, Estado, DF ou Município, via convênio; regime específico para pequenos operadores, com faixa de isenção para microempresas, quando atuarem como contribuintes de direito (mas não de fato, assim como ocorre na atualidade em relação às imunidades subjetivas, por exemplo); introdução de forma gradual e contínua, porém completa, no âmbito tributário brasileiro. Ou seja, o sistema necessita de processo de constante evolução, mediante alterações pontuais como respostas a diagnósticos realizados por especialistas e pelos contribuintes em geral. Todavia, há importante diferença de caráter sociopolítico entre a integração brasileira e a europeia, que nos garante importante vantagem: não é o federalismo, mas o nacionalismo o desdobramento concomitante da integração na Europa. No Brasil o desenvolvimento tanto do federalismo quanto do nacionalismo são consequências, pois o IVA na referida nação continental permite que não concorram os entes federativos entre si, mas promovam desenvolvimento recíproco.

<sup>35</sup> “The subject of treaties is also closely linked to the existence and reach of Latin American “community law.” There, economic integration has not really formed part of the national strategies of these countries. For this reason, even though economic agreements between the countries have been accorded the character of a treaty, they have consistently lacked the dynamics of European Community treaties”. GORDILLO, Agustín. Op. cit, p. 109. O assunto dos tratados também está intimamente ligado à existência e alcance do “direito comunitário” latino-americano. Lá, a integração econômica de fato não fez parte das estratégias nacionais dos países. Por este motivo, mesmo que os acordos econômicos entre os países tenham recebido o caráter de tratado, eles sempre carecem da dinâmica dos tratados da Comunidade Européia (Tradução livre).



vantes lições.

Além da integração econômica internacional com reflexos sociais, é relevante a cooperação para a unificação procedimental do fortalecimento das *jus cogens*<sup>36</sup>, sem detrimento da teoria relativista dos direitos humanos<sup>37</sup>, mas compreendendo-se o aspecto universalista<sup>38</sup> inerente à atuação das sociedades empresárias transnacionais. Observe-se que, em sintonia com o fenômeno da transnacionalidade empresarial, em 1993 ocorreu em Viena a Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos. Nela prevaleceu a corrente universalista, tal qual se extrai do § 5º do Programa de Ação de Viena:

Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, económico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais.

Como consequência da histórica universalista, os tratados de direitos humanos de reconhecimento relevante pelas nações, erigidos ao patamar de costumes internacionais constituem normas inderrogáveis, de máxima exigência pelos Estados. A caracterização como costume depende do seu aspecto objetivo (reiteração comportamental) e subjetivo (crença na justeza da conduta). Existentes os requisitos e observada a relevância material dos costumes, os tratados de direitos humanos devem ser considerados *jus cogens*<sup>39</sup>.

Isto é, os tratados de direitos humanos prevalecem sobre os demais, por serem caracterizados como *jus cogens*. Normas peremptórias, de hierarquia superior, inderrogáveis e de necessária aplicabilidade concreta às nações, conforme os arts. 53 e 64

---

<sup>36</sup> Para que determinada norma seja considerada *jus cogens*, seu requisito é a relevância da matéria e a aceitação e reconhecimento pela sociedade internacional em sua totalidade. Prevalece atualmente o entendimento que, ainda que alguma nação rejeite determinada norma como *jus cogens*, seu relevante valor deve preponderar. Sobre a questão há duas correntes: a relativista e a universalista.

<sup>37</sup> Para a corrente relativista, não existe uma moral universal. Ao contrário, as regras sobre a moral variam conforme o lugar, em virtude da diversidade cultural. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural De Direitos Humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 48, jun. 1997. Nesta ótica, os padrões culturais e morais influenciam na forma como a sociedade concebe a noção de “direitos humanos”. Pode ser utilizada como fundamento para afastar a força normativa dos tratados de direitos humanos como *jus cogens*, bem como sua aplicabilidade direta e imediata aos destinatários.

<sup>38</sup> Para o universalismo, a diversidade cultural não pode ser invocada com o objetivo de se justificar a prática de violações aos direitos humanos. Nesse sentido, a noção de respeito aos “direitos humanos” deveria ser única em todos os locais do mundo. Há um padrão mínimo de proteção a ser observado. À luz da ótica Kantiana, busca-se tutelar a prevalência dos Direitos Humanos. Logo, pode ser fator mitigador, no caso concreto, da própria autodeterminação dos povos. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985. p. 87.

<sup>39</sup> Os tratados de direitos humanos são vinculantes até mesmo aos terceiros estados não contratantes. Os tratados comuns somente os alcançam em relação aos direitos (há presunção de consentimento, até posicionamento contrário expresso do terceiro). Quanto às obrigações, o terceiro Estado deve aceitar expressamente, por escrito. Já o tratado de direitos humanos, cria obrigações a terceiro diretamente, como um costume internacional.

da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>40</sup>.

As normas de direito empresarial internacional também são autoaplicáveis ao ordenamento interno por se revestirem na forma de costumes internacionais, em atendimento ao caráter cosmopolita do direito empresarial<sup>41</sup>. Ou seja, as normas de direito empresarial humano devem ser aplicadas de forma direta e imediata ao ordenamento jurídico nacional. Sua inobservância caracteriza o dumping social, cuja resolução demanda coordenação internacional<sup>42</sup>.

A problemática deste trabalho, entretanto, não reside na identificação dos direitos a serem tutelados, mas no procedimento inerente à sua concretização<sup>43</sup>. Observada sob a ótica institucionalista, a sociedade empresária possui aptidão relevante para a modificação do meio externo. Logo, a boa gestão corporativa é o instrumento adequado para o estímulo à função social da empresa. O seu controle é realizado através do Estado (pelos atos de fiscalização), e, de maneira difusa, pelos consumidores, concorrentes, dis-

<sup>40</sup> PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>41</sup> A internacionalização e o cosmopolitismo do direito empresarial atraem ao ordenamento jurídico e ao costume nacionais institutos externos, cuja compreensão auxilia o âmbito jurídico do desenvolvimento das sociedades empresárias. Três relevantes termos inerentes ao tema são *goodwill*, *valuation* e *impairment*. O primeiro está atrelado ao valor real da sociedade empresária, que vai além do seu patrimônio líquido. Trata-se da compreensão do relevo dos seus ativos intangíveis, como a marca e a posição no mercado. Calcula-se através da seguinte fórmula:  $Goodwill = P - (A+L)$ , sendo P o valor pago pela sociedade empresária, A o valor justo do seu ativo e L o valor justo do seu passivo – que compreendem o patrimônio líquido. A avaliação patrimonial da sociedade empresária compreende a *valuation*. Este é a estimativa do seu valor, determinando o seu preço justo do investimento nas suas ações. Pode ser utilizado, a depender da legislação do ente federativo, para auxiliar a base de cálculo dos impostos sobre a transmissão de bens *intervivos* e *causa mortis*. O *impairment* auxilia na análise do Goodwill e, conseqüentemente, da *valuation*. Consiste na redução do valor recuperável de um bem ativo. Isto é, as perdas de desvalorização a serem consideradas no momento da conversão do patrimônio imobilizado para a obtenção de liquidez. BARROS, Thiago de Sousa; RODRIGUES, Ana Maria Gomes. O Goodwill na Avaliação de Empresas: Um Estudo Sobre a Realização de Testes de Imparidades e as Alterações Contabilísticas no Âmbito das Concentrações de Atividades Empresariais. *Revista Evidenciação Contábil & Finanças*. João Pessoa, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. p. 118-130.

<sup>42</sup> Exemplo de coordenação interestatal, com participação efetiva das sociedades empresárias, ocorre no assentamento de refugiados na União Europeia, em prestígio ao *non-refoulement*. O princípio *non-refoulement* foi positivado internacionalmente na década de 1950 com o fim de evitar que as nações que recebem refugiados os devolvam para situações de risco. Trata-se de norma *jus cogens*, imperativa e inderrogável, independentemente da sua aceitação pelos Estados. No âmbito local, Acordo em nível MERCOSUL e OMC permitirá um cadastro internacional das profissões dos migrantes e refugiados e análise das principais demandas entre as possíveis nações anfitriãs. Propõe-se, para este fim, a formação de um banco de dados relacional<sup>42</sup>. Em casos de grandes crises humanitárias em região específica (como ocorre na Venezuela), um cadastro de demanda laboral e cooperação interna e internacional são mecanismos eficazes para a mitigação dos danos e ao beneficiamento das economias anfitriãs. A relevância do direito empresarial humano para a questão reside na estruturação contábil e apresentação de informações relacionadas à oferta e demanda de empregos. A alimentação do banco de dados intraestatal deve ocorrer pelas sociedades empresárias. Ou seja, a aplicação tecnicamente correta dos institutos de direito empresarial é instrumento eficaz para a concretização do *non-refoulement* e vedação às expulsões e deportações não motivadas (ou de precária fundamentação) dos refugiados. PAULA, Bruna Vieira de. O Princípio do Non-Refoulement, sua Natureza Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. [S.l.], n. 7, dez. 2006. p. 51-68.

<sup>43</sup> Para a ética Kantiana, os direitos não podem ser confundidos com sua aplicabilidade. Aqueles são inatos, mas esta variável. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. Para Herrera Flores, por outro lado, a construção dos direitos está intrinsecamente relacionada à estruturação da sociedade e à luta (perspectiva histórico-dialética). FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



tribuidores e colaboradores.

O elemento primordial para o controle da atividade econômica é a publicidade. Erigido ao art. 37 da CRFB como princípio vinculativo à Administração Pública, é a base da correção hierárquica e popular dos atos administrativos. Este princípio, entretanto, alcança também as sociedades simples e empresárias, em decorrência da eficácia horizontal e diagonal dos direitos fundamentais. Para a concretização dos direitos subjetivos e a preservação da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito, o dever geral de publicidade dos atos empresariais é imperativo.

Com este fim não basta o acesso aos dados e atos das sociedades empresárias através dos atos publicitários e de fiscalização. É essencial a plena abertura dos seus processos internos – para esta, o *compliance* pode ser instrumento efetivo<sup>44</sup>. Trata-se de estar conforme as normas de condutas fixadas pelos entes estatais, códigos de ética e da atuação segundo a boa-fé contratual e a função social da empresa.

O *compliance* tem sido historicamente associado ao combate à corrupção, mas não se trata de uma limitação inerente ao instituto, cujo escopo é muito mais amplo. Promove a observância por todos os participantes das sociedades empresárias dos padrões éticos e morais que são esperados pela sociedade, ainda que os indivíduos não os sigam<sup>45</sup>. Assim explica Rodrigo Campos de Queiroz<sup>46</sup>:

As organizações ou empresas devem implementar programas de compliance para acompanharem e prevenirem os riscos das instituições e garantirem a independência do compliance em termos de organização, orçamento e meios materiais, bem como garantirem a faculdade de inspeção e a obtenção de informações adotando programas de cumprimento, integridade, prevenção e repressão.

Na prática a adoção do *compliance* empresarial enseja a disseminação de um Programa de Integridade entre os seus profissionais, através da autofiscalização e treinamentos periódicos. Além disso, alinhamento da estrutura interna com a política objeto de divulgação oficial, em sintonia com a vedação ao comportamento contraditório<sup>47</sup>.

É relevante ainda o acompanhamento dos planos de ação e a prestação de informações à diretoria executiva e jurídica, com respectiva apresentação ao poder

---

<sup>44</sup> “O compliance é uma forma de auxiliar os órgãos reguladores internos de cada instituição a fim de preservar a reputação e de respeitar as normas que as regem”. SALGUEIRO, Rafaela Bontempo. O Mapeamento de Risco do Compliance Versus o Custo-Benefício da Infringência da Legislação no Brasil. In: ROCHA, Lilian Rose Lemos, et al. *Compliance e Relações Governamentais*. Brasília: Instituto CEUB, 2019. p. 76.

<sup>45</sup> SALGUEIRO, Rafaela Bontempo. O Mapeamento de Risco do Compliance Versus o Custo-Benefício da Infringência da Legislação no Brasil. In: ROCHA, Lilian Rose Lemos, et al. *Compliance e Relações Governamentais*. Brasília: Instituto CEUB, 2019. p. 78.

<sup>46</sup> QUEIROZ, Rodrigo Campos de. Políticas de Governança e de *Compliance* Objetivando Mitigar os Riscos das Organizações. In: ROCHA, Lilian Rose Lemos, et al. *Compliance e Relações Governamentais*. Brasília: Instituto CEUB, 2019. p. 74.

<sup>47</sup> “A prática revela, de fato, a grande utilidade do princípio de proibição do comportamento contraditório na solução dos conflitos societários, ligados não só ao direito de recesso, mas também ao exercício do direito de voto, à impugnação de deliberações societárias, à interpretação de cláusulas de estatutos e contratos sociais, e a série de outros temas específicos”. SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 150.

público, quando constatado ato contrário às normas inerentes à atividade. A abertura de dados, entretanto, deve ser contínua, ou a sua apresentação à sociedade restará à mercê da vontade dos seus dirigentes.

Logo, necessária a produção de relatórios mensais por todos os profissionais, com submissão ao Conselho de Administração e à Diretoria Executiva, e diretamente aos órgãos de controle (independentemente de autorização pela direção da sociedade), desde que preservadas as informações protegidas pelo sigilo empresarial.

Deve-se ressaltar que a abertura de dados deve ocorrer por processo simplificado, com o fim de reduzir os custos do cumprimento das obrigações acessórias tributárias, ambientais, trabalhistas e consumeristas. Isto é, o uso da divulgação direta de dados, por sistema informatizado, com o fim de mitigar as dificuldades no abastecimento da base de dados estatal<sup>48</sup>:

Nossa burocratização dos processos faz com que o custo-benefício da violação das normas e princípios se torne mais vantajosa, pois, a pessoa irá colocar em sua análise de risco os dias que não poderá estar funcionando como empresa, em contrapartida com o valor pago para “apressar” suas etapas. Toda essa dificuldade, não só para abrir uma empresa, mas também para mantê-la aberta, gera o infeliz impulso de tentar tornar as coisas mais rápidas utilizando do jeitinho brasileiro.

O *compliance* das sociedades simples e empresárias, por fim, é instrumento útil para a comunicação entre as bases de dados intraestatais, como o fim de garantir a concretude da supranacionalidade como técnica de mitigação do dumping empresarial, mediante a cooperação internacional.

Em síntese, a relevância do *compliance* para a publicidade empresarial e preservação da função social da empresa vai além da simples abertura de informações, alcançando a simplificação do cumprimento das obrigações acessórias, facilitando a cooperação internacional e assegurando controle popular dos atos das sociedades empresárias.

Constata-se que a internacionalização do procedimento do *compliance* é resposta apta à mitigação do dumping social, e, conseqüentemente, à proteção da função social da empresa.

### Considerações finais

Foi confirmada a afirmação da hipótese genérica de relevância da coordenação internacional para a mitigação do dumping empresarial. Dentre as hipóteses específicas, é constatado que, além da necessidade de coordenação interestatal, é essencial que esta ocorra com aceitação e participação da sociedade empresária, em atendimento à abertura dos intérpretes da norma.

---

<sup>48</sup> SALGU SILVA, Arlene Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do uniCEUB*. Brasília, v. 2, n. 2. p. 390-417, jul./dez. 2005; EIRO, Rafaela Bontempo. O Mapeamento de Risco do *Compliance* Versus o Custo-Benefício da Infringência da Legislação no Brasil. In: ROCHA, Lilian Rose Lemos, et al. *Compliance e Relações Governamentais*. Brasília: Instituto CEUB, 2019. p. 80.

A diferenciação entre sociedades empresárias de distintas espécies permite a adequação dos deveres inerentes à sua atividade, com o fim de preservar a empresa (como ramo) e sua respectiva função social. Merecem atenção especial as sociedades empresárias transnacionais, neste aspecto.

A simples aproximação entre as obrigações acessórias de diferentes Estados possui aptidão para a mitigação formal do dumping internacional. Em relação à concretização prática das normas de direito de empresa, por outro lado, deve-se adequar a isonomia genérica às peculiaridades dos Estados destinatários. Mas a observância dessa técnica não pode abdicar da coordenação procedimental no momento da construção do referido ordenamento, ou as distinções entre os sistemas nacionais permanecerá como âmbito factível à permanência do dumping.

A relevância da harmonização internacional das técnicas está, além da mitigação da elisão das obrigações sociais empresariais, na facilitação do cumprimento das obrigações acessórias. Assim sendo, também se constata a sua importância na própria identificação pelas sociedades empresárias das questões a serem resolvidas de maneira célere, bem como nos instrumentos adequados para este fim.

A cooperação internacional deve possuir como mais relevante objetivo a redução dos custos administrativos do cumprimento das obrigações sociais empresariais, para que os esforços possam se concentrar na sua atividade fim – pagamento do tributo, respeito ao consumidor e ao trabalhador, proteção do meio ambiente e lisura nos processos licitatórios, exemplificativamente.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Thiago de Sousa; RODRIGUES, Ana Maria Gomes. O Goodwill na Avaliação de Empresas: Um Estudo Sobre a Realização de Testes de Imparidades e as Alterações Contabilísticas no Âmbito das Concentrações de Atividades Empresariais. *Revista Evidenciação Contábil & Finanças*. João Pessoa, v. 1, n. 1, p. 118-130, jan./jun. 2013.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA, Anderson de Moraes. *O Projeto de Lei do Novo Código Comercial e suas Implicações Práticas no Cenário das Startups*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial no 326.491 – AM, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 30/06/2003.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997.

COSTA, Bruno Ferreira; TELES, GÉSSICA. A Política de Acolhimento de Refugiados: Considerações sobre o Caso Português. *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Urbana*. [S.l.], v. 25, n. 51.

DAIN, Sulamis. Experiência Internacional e Especificidade Brasileira. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.). *Reforma Tributária e Federação*. São Paulo: FUNDAP: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

FORGIONI, Paula A. *A Evolução do Direito Comercial: Da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GORDILLO, Agustín. *An Introduction to Law*. Londres: Esperia, 2003.

GRAHAM, Paul. *Want to start a startup? Get funded by Y Combinator*. 2012. Disponível em: <http://www.paulgraham.com/growth.html>. Acesso em: 1 jun. 2020.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ISAACSON, Walter. *Steve Jobs: As Verdadeiras Lições de Liderança*. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Schwarcz, 2014.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste GulbeKian, 1985.

LOPES, Cláudio Célio de Araújo. *O Modelo IVA de Tributação como Instrumento para um Novo Federalismo Fiscal Brasileiro diante da Globalização*. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz e UNIFOR, 2006.

MEIRELLES, José Ricardo. *Impostos Indiretos no Mercosul e Integração*. São Paulo: LTr, 2000.

MELO, Hebart dos Santos. *Dicionário Tecnologia e Inovação*. Fortaleza: SEBRAE, 2010.

PAULA, Bruna Vieira de. O Princípio do Non-Refoulement, sua Natureza Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. [S.l.], n. 7, dez. 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUEIROZ, Rodrigo Campos de. Políticas de Governança e de Compliance Objetivando Mitigar os Riscos das Organizações. In: ROCHA, Lilian Rose Lemos, *et al.* *Compliance e Relações Governamentais*. Brasília: Instituto CEUB, 2019.

RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Barueri: Editora Manole, 2007.

RODRIGUEZ, Christian Abel Moreira; Notari, Marcio Bonini. *O Startups no Direito Empresarial Brasileiro*. Em: Anais da 14. mostra Iniciação Científica CONGREGA. Campinas: UNICAMP, 2017.

SALGUEIRO, Rafaela Bontempo. O Mapeamento de Risco do Compliance Versus o Custo Benefício da Infringência da Legislação no Brasil. In: ROCHA, Lilian Rose Lemos, *et al.* *Compliance e Relações Governamentais*. Brasília: Instituto CEUB, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural De Direitos Humanos. Coimbra: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. [S.l.], n. 48, jun. 1997.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, Arlene Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do uniCEUB*. Brasília, v. 2, n. 2. p. 390-417, jul./dez. 2005.

TAVARES, André Ramos. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio De Janeiro: Renovar, 2005.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. *Empresa na Ordem Econômica: princípios e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.

Data de Recebimento: 22/10/2021.

Data de Aprovação: 12/02/2021.

## COMUNIDADE ECOLÓGICA DO PARQUE DOS CATAVENTOS – UM EXEMPLO DE PLURALISMO JURÍDICO?

### ECOLOGICAL COMMUNITY OF PARQUE DOS CATAVENTOS - AN EXAMPLE OF LEGAL PLURALISM?

Gessiel Pinheiro de Paiva\*  
Felipe Kern Moreira\*\*

#### RESUMO

O propósito do presente artigo é descrever e analisar espécies de pluralismo jurídico nas normas de conduta ecológicas seguidas pela Comunidade do Parque dos Cataventos, situada numa região limítrofe do balneário Cassino, em Rio Grande, estado do Rio Grande do Sul. A metodologia adotada pela pesquisa é qualitativa e de estudo de caso. Utilizam-se fontes primárias, principalmente, a partir das informações constantes nas ações civis públicas que tramitaram na 1ª Vara Federal do Rio Grande e também nas ações penais por crime ambiental que tramitaram perante a 2ª Vara Federal do Rio Grande. Utilizam-se também fontes secundárias relativamente às contribuições teóricas no campo do pluralismo jurídico. A pesquisa conclui que a efetividade das regras de conduta ecológicas a serem observadas pelos moradores, diversas das normas estatais, além das regras relativas à posse e à propriedade seguidas informalmente pelos moradores, permitem o reconhecimento de uma espécie, ainda que incipiente, de pluralismo jurídico.

Palavras-chave: pluralismo jurídico; legitimidade; normas de conduta; direito ambiental.

#### ABSTRACT

The purpose of this article is to describe and analyze species of legal pluralism in the ecological conduct norms followed by the Parque dos Cataventos community, located in a region bordering the Balneário Cassino, in Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brazil. The methodology adopted by the research it is qualitative and case study. Primary sources are used, mainly based on the information in judicial proceedings that went through the 1st Federal Court of Rio Grande and the criminal actions regarding environmental crimes that went before the 2nd Federal Court of Rio Grande. Secondary sources are also used concerning theoretical contributions in the field of legal pluralism. The research concludes that the effectiveness of the ecological rules of conduct to be observed by residents, different from state norms, in addition to the rules on possession and property informally followed by residents, allow the recognition of a species, albeit incipient, of legal pluralism.

Key-words: legal pluralism; legitimacy; conduct standards; environmental law.

\* Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Especialista em Direito Constitucional, do Trabalho e Previdenciário, pela Faculdade Anhanguera de Pelotas/RS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3784605414298577>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1712-5224>. E-mail: [gessieldepaiva@gmail.com](mailto:gessieldepaiva@gmail.com).

\*\* Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3025850062681859>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5084-4987>. E-mail: [felipe.kern@gmail.com](mailto:felipe.kern@gmail.com).



## INTRODUÇÃO

O pluralismo jurídico pode ser entendido como uma corrente que se opõe ao monismo jurídico, ou seja, ao monopólio do Estado como produtor de normas jurídicas. Em suas diversas vertentes, o pluralismo jurídico visualiza a possibilidade de que as normas jurídicas, enquanto instrumentos de realização do direito, tenham origem diversa das instituições estatais que possuem como finalidade elaborá-las.

Sem adentrar nas diversas “formas” ou concepções de direito, o cerne da questão do pluralismo jurídico parece ser definir se todo e qualquer agrupamento humano pode ser reconhecido como capaz de produzir direito ou se este só poderia surgir a partir de grupos que alcancem certo grau de coesão e organização social<sup>1</sup>.

Em língua portuguesa, dois dos principais teóricos do pluralismo jurídico são o português Boaventura de Souza Santos, a partir do estudo empírico em que identificou o que denominou de “Direito de Pasárgada”, e Antônio Carlos Wolkmer, que trata do chamado “pluralismo comunitário”. O ponto central das teorias defendidas pelos dois autores parece ser o da existência de uma legitimidade da sociedade, através de grupos organizados, para a elaboração de normas jurídicas, criando direitos e obrigações fora dos limites da produção normativa estatal, devido aos serviços e ações do Estado não alcançarem determinados locais e comunidades, ou ainda, por não serem as normas estatais aceitas como legítimas por determinados grupos sociais em razão da situação fática em que se encontram.

O propósito do presente artigo é descrever e analisar espécies de pluralismo jurídico nas normas de conduta ecológicas seguidas pela Comunidade do Parque dos Cataventos, situada numa região limítrofe do balneário Cassino, em Rio Grande, estado do Rio Grande do Sul, em um local em que antes existira um depósito de lixo irregular. Para tal, a pesquisa adota como ponto de partida as contribuições teóricas de Boaventura de Souza Santos e Antônio Carlos Wolkmer e perpassa por uma breve análise acerca da legitimidade das normas jurídicas, com base na doutrina de Habermas.

A pergunta que se visa responder é se, diante da situação fática encontrada pelos atuais moradores quando lá iniciaram a ocupação, no final do século passado, e da formação, por eles, de uma associação, denominada de “Associação dos Moradores e Preservadores da Flora, Fauna e Solo Parque dos Cataventos”, que estabelece regras de conduta ecológicas a serem observadas pelos moradores diversas das normas estatais, além das regras relativas à posse e à propriedade seguidas informalmente pelos moradores, essas normas de conduta seguidas pelos moradores pode ser enquadrada como uma espécie, ainda que incipiente, de pluralismo jurídico.

A metodologia adotada nesta contribuição é a do estudo de caso, com o predomínio de consulta às fontes primárias, notadamente, os autos dos processos judiciais que foram objeto de ações civis públicas, ajuizadas no ano de 2009 (por exemplo, o processo nº 2009.71.01.001927-0, posteriormente digitalizado sob o nº 5004875-93.2012.4.04.7101)

---

<sup>1</sup> ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; AZEVEDO, Ariston. A pluralidade do social e o pluralismo jurídico: a discussão acerca da atual emergência de novas unidades geradoras de juridicidade. *Direito, Estado e Sociedade*. [S.l.], v.9, n. 26, jan./jun. 2005. p. 109-110.

com o objetivo de que fosse desocupada a área conhecida como “Parque dos Cataventos”, que abriga uma série de construções praianas num local em que outrora funcionou um “lixão” municipal, e também algumas ações penais por crime ambiental propostas em face dos mesmos ocupantes que eram réus nas ações civis públicas (como, por exemplo, os processos nº 5002084-49.2015.4.04.7101, 5003119-10.2016.4.04.7101, 5006384-20.2016.4.04.7101, dentre outros). Os dados primários contidos nos processos foram analisados a partir de referenciais teóricos do pluralismo jurídico e a pesquisa às fontes e consolidação dos dados foram realizados no ano de 2019, quando a grande maioria das ações civis públicas já contava com trânsito em julgado, estando a situação consolidada.

Foram analisados os fundamentos dos pedidos do Ministério Público Federal, no que diz respeito à aplicação das normas ambientais, e o conteúdo das decisões judiciais, nas quais, em grande parte, foi reconhecido o direito à ocupação (nas ações civis) e a ausência de crime ambiental (nas ações penais), conciliando as ocupações históricas com a proteção ao meio ambiente, sendo considerada a situação concreta do antigo lixão e a recuperação da área pelos atuais ocupantes, ao lado das normas ambientais. Observa-se na pesquisa que as normas de conduta criadas pelos ocupantes tiveram seu conteúdo considerado nas decisões, por estarem mais comprometidas com a preservação efetiva do meio ambiente do que as normas formais emanadas do Estado.

### **Claves hermenêuticas do pluralismo jurídico: a norma pelo que ela faz**

O conjunto de discursos e argumentos teóricos reunidos sob o conceito de pluralismo jurídico possui diferentes vertentes e interpretações. Uma das possíveis sistematizações deste campo teórico jurídico sustenta que existem sociedades em diferentes planos. A este respeito, sem pretender desenvolver uma lista definitiva desses planos: subnacional, nacional-estatal, municipal, regional, clânicos, territorial-religioso, transnacional, internacional, cibernético e global. No ambiente societário de cada um destes planos operam exercícios de prevalência de poder, alguns de forma mais organizada e formal (exemplo: partidos políticos), em outros de forma heterárquica e informal (exemplo: lideranças carismáticas). Em síntese, em diferentes planos societários operam atividades políticas definida pelo exercício de prevalência e efetividade do poder, do domínio, da influência e da autoridade sobre uma coletividade. As atividades políticas indicam os critérios de legitimidade de decisões do que é legítimo e do que não é. Nos sistemas jurídicos, esses critérios de legitimidade podem ser compreendidos como condições de validade de normas jurídicas<sup>2</sup>.

Dentre os estudos no campo do pluralismo jurídico em língua portuguesa as contribuições de Boaventura de Souza Santos e Antônio Carlos Wolkmer constituem esforços destacados e serão tratados com maior detenção nas seções seguintes. Em geral, é possível observar que em termos de produção científica na América Latina e mesmo a partir da observação dos trabalhos seminais de Antônio Carlos Wolkmer, existe um

---

<sup>2</sup> MOREIRA, Felipe Kern. *Perspectivismo jurídico: contribuição ameríndia para os direitos ditos humanos*. In: Bleine Queiróz Caúla; Ana Paula Araújo de Hollanda; Gerardo Clésio Maia Arruda; Valter Moura do Carmo (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. v. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 140.

inegável predomínio do foco em questões indígenas<sup>3</sup>. Pesquisas recentes expandiram consideravelmente a área de interesse do pluralismo jurídico, conforme revelam os trabalhos de Gunther Teubner<sup>4</sup> e David Kennedy<sup>5</sup>. Esta expansão é caracterizada por um entendimento que o pluralismo jurídico não se preocupa unicamente com as espécies normativas e de busca de justiça produzidas, existentes e efetivas fora do sistema jurisdicional e legiferante formal-estatal (que por sua vez possui interfaces com o sistema normativo internacional). O pluralismo jurídico preocupa-se com as mais variadas interfaces entre espécies de comandos obrigatórios, princípios, normas de conduta, procedimentos decisórios provenientes de diferentes planos societários e que por vezes atuam e concorrem em uma mesma situação que pode ser compreendida como jurídica. Dentre esses estudos encontram-se os de pluralismo jurídico no contexto urbano<sup>6</sup> no qual esta contribuição se enquadra.

---

<sup>3</sup> A este respeito: GUTIÉRREZ Q. Marcela. Pluralismo jurídico y cultural en Colombia. *Revista Derecho del Estado*. n. 26, ene./jun. 2011. p. 85-105. CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. *Espaço Ameríndio*. Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012. ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; WOLKMER, Antonio Carlos. As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico. *Revista Sequência*. [S.l.], v. 29, n. 57, dez. 2008. p. 67-94.

<sup>4</sup> Teubner e Korth desenvolve o argumento acerca de regras existentes no plano mundial conforme é o caso da 'lex digitalis' e do regime de patentes e explicita como o direito nacional colide com o transnacional e mesmo com normas da cultura indígena (TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft. In: KÖTTER, Peter Matthias; SCHUPPERT, Gunnar Folke (Hrsg.). *Normative Pluralität ordnen*. Baden-Baden: Nomos, 2009). Em outro trabalho, recorre às questões de conflito entre o conhecimento cultural indígena e os interesses farmacêuticos e a questão das patentes. Esses casos ficam mais complexos à medida que o direito internacional gradualmente passa a proteger o patrimônio cultural indígena e, então, essas normas sociais são reincluídas no sistema na forma de normas internacionais. (TEUBNER, Gunther. Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch 'private' trans-nationale Akteure. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21 Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008. p. 440-472).

<sup>5</sup> A contribuição de Kennedy no artigo "One, Two, Many Legal Orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream" adverte que a experiência do pluralismo legal surge quando a ordem jurídica sofre uma aproximação sociológica: se observa o que a lei é por meio do que ela faz. O pluralismo jurídico ocorre com o reconhecimento da falta de coesão num dado sistema jurídico: "(...) it is legal pluralism when we have to put something on the map that doesn't fit". (KENNEDY, David. One, Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. New York University School of Law, v. 31:64, n. 657. p. 650.

<sup>6</sup> A perspectiva pluralista no direito considera assim que não apenas as formas estatais de direito ("oficiais e formais") interessam à compreensão do fenômeno jurídico, mas também as formas "oficiais e informais", "não-oficiais e formais" e "não-oficiais e informais" de normatividade social (...). Assume-se que constitui uma experiência comum no dia-a-dia e uma realidade inevitável da vida social a coexistência de diferentes corpos de normas jurídicas no mesmo espaço social (MENSKI, Werner. *Comparative law in a global context: the legal systems of Asia and Africa*. 2ª. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 83), cada qual gerado e imposto por distintos campos sociais semiautônomos. (KONZEN, Lucas P. A teoria do pluralismo jurídico e os espaços públicos urbanos. *Sequência*. [S.l.], v. 31, n. 61, p. 227-250, dez. 2010. p. 228). Assim como nos antigos campos de refugiados que se urbanizam na África, na Ásia ou no Oriente Próximo: a forma 'ocupação' tornou-se mundialmente uma das maneiras para os mais pobres de fazerem reconhecer seu direito a estar ali. A ocupação urbana é um agir político cujo objeto é um direito humano e, ao mesmo tempo, um direito à cidade. (AGIER, Michel. Do Direito à Cidade ao Fazer Cidade: o Antropólogo, a Margem e o Centro. *Mana*. [S.l.], n. 21, v. 3, p. 483-498, 2015. p. 483-498).

## O pluralismo jurídico em Boaventura de Souza Santos

Na década de 1970, Boaventura de Souza Santos realizou uma pesquisa na favela do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, a qual, por ocasião da publicação de seus estudos na década de 1980, denominou de “Pasárgada”. Daí se falar, ao mencionar as teorias de pluralismo jurídico desse autor, em “Direito de Pasárgada”. O conceito de direito concebido por ele a partir desses estudos é o de um:

conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justiciáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada<sup>7</sup>.

E assim, ao tratar do que chamou de “Direito de Pasárgada”, concluiu que:

Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social - neste caso, a habitação<sup>8</sup>.

Boaventura, após identificar duas possíveis origens para o pluralismo jurídico (uma de origem colonial e uma de origem não colonial)<sup>9</sup>, identifica também que uma de suas expressões ou modos se trata da situação que tem lugar quando as contradições entre as normas estatais e as normas do grupo se condensam na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, entre os quais são gerados litígios ou disputas resolvidas com base em recursos normativos e procedimentais internos ao grupo, podendo esses espaços variar segundo o fato dominante de sua constituição socioeconômica, política ou cultural bem como conforme a composição da classe<sup>10</sup>.

O que se depreende dessa última concepção de pluralismo jurídico é que determinados grupos sociais, por contextos que podem ser socioeconômicos, políticos ou culturais, adotam e praticam condutas obrigatórias e exigíveis coletivamente as quais não estão devidamente inseridas no direito posto pelo Estado, podendo estar inclusive em situação de ilegalidade ou antinomia frente ao direito estatal, mas que, por outro lado, detém uma percepção de legitimidade se consideradas no contexto social e cultural na qual se originam. Na concepção de pluralismo jurídico, identificada por Boaventura de Souza Santos, no exemplo do direito de Pasárgada, não basta apenas o contexto da

<sup>7</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 72

<sup>8</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Nota sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In SOUZA, José Gerardo (Org.) *Introdução crítica ao direito*. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 42

<sup>9</sup> FELISMINO, Lia Cordeiro. Pluralismo Jurídico: Um diálogo entre os pensamentos emancipatórios de Boaventura de Souza Santos e Antônio Carlos Wolkmer. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza - CE, jun. 2010.

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Souza, 1988. Op. cit, p. 76.

legalidade do direito, devendo ser realizada também a análise de sua legitimidade, como trataremos mais adiante.

## O pluralismo comunitário de Antônio Carlos Wolkmer

Antônio Carlos Wolkmer, na obra *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, “apresenta uma nova perspectiva para o direito, consubstanciada em um paradigma original que tem um viés pluralista e democrático”<sup>11</sup>. Na referida obra, Wolkmer conceitua o pluralismo jurídico como “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”<sup>12</sup>.

Wolkmer sustenta ser necessário repensar a sociedade tendo sua força como novo espaço comunitário de efetivação da pluralidade democrática, comprometida com a alteridade e com a diversidade cultural. No contexto de repensar politicamente o poder de ação da comunidade, entende que se deve rever o pluralismo como princípio de legitimidade política, jurídica e cultural, para que seja visto não como possibilidade, mas como condição primeira, e sustenta, ainda, que “o pluralismo fundado numa democracia expressa o reconhecimento dos valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade”<sup>13</sup>.

Desse modo, Wolkmer ajusta seu conceito inicial e passa a tratar do pluralismo jurídico numa perspectiva de alteridade e diversidade cultural, projetando-se como instrumento contra-hegemônico, cuja relevância “conduz, necessariamente, à discussão das possibilidades de nova cultura jurídica, com legitimação assentada no reconhecimento da justa satisfação de necessidades básicas e na ação participativa dos sujeitos insurgentes, singulares e coletivos”<sup>14</sup>. Neste domínio, Jackson Leal e Lucas Fagundes associam o paradigma da justiça comunitária em Wolkmer ao pensamento decolonial de Enrique Dussel no sentido do desenvolvimento de uma jurisdição emancipatória a partir dos saberes e práticas subalternas, ou seja, do rompimento com um modelo jurídico colonial incapaz de realizar a justiça a partir das bases da sociedade<sup>15</sup>.

O pluralismo jurídico comunitário de Wolkmer, assim, é identificado também com a legitimidade do direito, e não apenas com o aspecto da legalidade deste, uma vez que as normas decorrentes da situação de pluralismo surgem, em grande parte devido à situação de inferioridade em que colocada determinada comunidade ou grupo, decorrentes da exclusão social. Nestes termos, as questões levantadas pelos temas da legitimidade e da

---

<sup>11</sup> CATUSSO, Joseane. Pluralismo Jurídico: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. *Revista Eletrônica do CEJUR*. Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007. p. 130.

<sup>12</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997. p. 195.

<sup>13</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, p. 113-128, jan. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15095>. Acesso em 09 jun. 2019.

<sup>14</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>15</sup> LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: contribuindo para a jurisdição alternativa. *Espaço jurídico*. Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 113-136, jan./jun. 2011.



justiça passam a ser centrais no pensamento de Wolkmer sobre o pluralismo comunitário-participativo no direito. Para Wolkmer é necessário compreender o valor da justiça particularmente no espaço latino-americano caracterizado por subjetividades insurgentes (novos sujeitos sociais) que priorizam sobrevivência e subsistência<sup>16</sup>, tema central na análise de caso deste artigo. Não se trata de uma mudança ou reinterpretação nos conceitos de legitimidade, direito ou justiça senão de uma resignificação ainda que ambiciosa destas ideias da tradição jurídica ocidental. Os pressupostos de legitimidade da justiça e do direito “devem ser buscados na ação participativa de sujeitos sociais emergentes e na justa satisfação de suas necessidades fundamentais”<sup>17</sup>.

### A legitimidade como condição do pluralismo jurídico

Analisando as duas contribuições teóricas acima, constata-se que não será todo grupo de normas surgidas a par das normas estatais que poderá ser considerado como uma expressão do pluralismo jurídico. O pluralismo jurídico surge como uma lente teórico-interpretativa da prevalência do Estado enquanto mediador da legitimidade e produtor de direito e justiça.

As normas surgidas a partir de uma condição que possa ser caracterizada como uma expressão do pluralismo jurídico devem, antes de tudo, ser legítimas em relação aos grupos sociais em meio aos quais surgiram. E essa legitimidade não pode ser aquela vista apenas sob o aspecto do procedimento formal, como tratam Niklas Luhmann<sup>18</sup>, Hans Kelsen<sup>19</sup> e Max Weber<sup>20</sup>, mas sim a legitimidade como explicada por Habermas, conforme destaca José Renato Graziero Cella:

---

<sup>16</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no Direito. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 420.

<sup>17</sup> Idem, p. 423.

<sup>18</sup> Para LUHMANN, “pode definir-se a legitimidade como uma *disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância*”. Deve-se fazer a distinção no conceito de legitimidade, entre a aceitação de premissas de decisão e a aceitação da própria decisão. É necessário que o indivíduo aceite as decisões enquanto premissas do seu próprio comportamento e que estruture as suas expectativas nesse sentido. O ponto central reside na noção de legitimação pelo procedimento enquanto alternativa à busca da verdade por parte do positivismo. Essa concepção distancia-se, assim, de conceitos ideológicos como o de verdade universal e afasta qualquer possibilidade de fundamentar a legitimidade em valores supremos. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

<sup>19</sup> KELSEN define o princípio da legitimidade como o “[...] princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica...” Assim, “a legitimidade fica equiparada à legalidade: tudo que é legal, isto é, que cumpre o procedimento determinado pela ordem jurídica, é também legítimo. CELLA, José Renato Graziero. *A Crítica de Habermas à ideia de legitimidade em Weber e Kelsen*. Disponível em: [www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf). Acesso em 09 jun. 2019.

<sup>20</sup> “WEBER chega ao seguinte conceito de legitimidade: probabilidade [de uma dominação] ser tratada praticamente como tal e mantida em uma proporção importante”. Portanto, é pela crença na sua legitimidade que uma dominação se mantém independentemente do motivo específico e subjetivo de cada um dos dominados para obedecer aos mandamentos que lhes são impostos, é na crença genérica em sua legitimidade que repousa a estabilidade de uma dominação”. [...] “WEBER desloca o problema da legitimidade do direito positivo para a questão do procedimento pelo qual o direito é produzido e modificado. É o *procedimento formal concreto* que vai permitir uma identificação do que é ou não legal e,



uma ordem social somente poderá ser validamente considerada se, e somente se, as suas normas e leis forem elaboradas democraticamente, com o envolvimento de todos os atingidos e interessados” haja vista que ‘a democracia somente se realiza com a efetiva participação das minorias e o respeito por suas opiniões, sob pena de se transformar em ditadura da maioria’<sup>21</sup>.

Trata-se, portanto, de analisar o pluralismo jurídico como uma teoria mais compreensiva que pretende, superando o monismo jurídico, construir um sistema jurídico de acordo com as dinâmicas sociais de cada comunidade, buscando preservar as diversidades étnicas e culturais, coexistindo com outras normatividades, evidenciando a importância do contexto e as tradições culturais, mas sem recair em relativismo cultural<sup>22</sup>.

Esse pluralismo jurídico pretende zelar pela aplicação do direito contextualizado, ou seja, interpretar as leis ou normas sem considerá-las em sua generalidade, mas sim pertencentes a realidades sociais peculiares, e é sendo contextualizado pela realidade que justifica o afastamento das normas estatais, que ficam sem o reconhecimento de legitimidade diante de uma situação concreta vivenciada por um grupo social marginalizado ou subalterno, legitimando as normas criadas por esse grupo. Essas normas podem, inclusive, pretender alcançar princípios reconhecidos pelo Estado, que as próprias normas estatais não estavam fazendo ser alcançados. É esse o contexto que constatamos na situação concreta mencionada no título deste artigo, e que será a seguir tratada.

A questão da legitimidade não é recente no direito<sup>23</sup> mas recentemente passou a ter mais e mais atenção por parte de juristas. Segundo o estudo comparativo que Weyma Lübbecke realizou a partir de Kelsen, Habermas e Luhmann, o conceito de legitimidade possui no plano jurídico uma relação decisiva com o conceito de validade de normas jurídicas<sup>24</sup>. Na concepção de Wolkmer – nestes termos - não é tão diferente: é questão central para o reconhecimento do “direito à diferença, à autonomia, à tolerância e à emancipação”<sup>25</sup>.

---

por sua vez, é a crença naquilo identificado como legal que residirá a legitimidade desse tipo de dominação”. CELLA, José Renato Graziero. *A Crítica de Habermas à ideia de legitimidade em Weber e Kelsen*. XXII Congresso Mundial de Filosofia del Derecho y Filosofía Social. 24-29 Mayo, 2005. Granada, España. Disponível em: [www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf). Acesso em 09 jun. 2019.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> CASTANHEDA, Carlos Adolfo Rengifo; JARAMILLO, Eduard Maurício Wong; POSADA, Jorge Gregório. Pluralismo Jurídico: Implicaciones epistemológicas. *Revista Inciso*. [S.l.], ed. 15, 2013, p. 27-40.

<sup>23</sup> “O jurista Carl Schmitt talvez tenha escrito mais sobre legitimidade na perspectiva jurídica do que seus pares, os juristas alemães do início do século XX. Na sua *Verfassungslehre* (“Teoria de Direito Constitucional”), de 1928, localiza a questão no sentido tradicional, da relação entre legalidade e legitimidade no contexto europeu no início do século XX, a saber, a partir da questão da sucessão dinástica no contexto monárquico.” (MOREIRA, Felipe Kern. *Direito Internacional: teoria dos fatores dinâmicos de legitimidade*. 1. ed. Curitiba: Appris Editora, 2019. p. 45).

<sup>24</sup> LÜBBECKE, Weyma. *Legitimität kraft Legalität: Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und Kritiken*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.

<sup>25</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no Direito. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 422.

## **O caso da Associação dos Moradores e Preservadores da Flora, Fauna e Solo Parque dos Cataventos: um caso de pluralismo jurídico?**

As informações sobre os fatos que serão aqui narrados foram extraídos das diversas ações civis públicas que tramitaram na 1ª Vara Federal do Rio Grande (por exemplo, o processo nº 2009.71.01.001927-0, posteriormente digitalizado sob o nº 5004875-93.2012.4.04.7101) e também das diversas ações penais por crime ambiental posteriormente propostas em face de pessoas que ocupavam as áreas que foram objeto das referidas ações civis públicas ou suas adjacências, e que tramitaram perante a 2ª Vara Federal do Rio Grande (como, por exemplo, os processos nº 5002084-49.2015.4.04.7101, 5003119-10.2016.4.04.7101, 5006384-20.2016.4.04.7101, dentre outros).

As referências aos dados primários relativos ao caso são provenientes, principalmente, do Laudo Pericial, juntado aos autos das ações civis públicas, as quais orientaram a sentença, à qual também se faz referência. Neste domínio, uma das principais preocupações metodológicas é caracterizar a sobreposição de diferentes incidências normativas tais como área de preservação permanente, um lixão utilizado pelo poder público municipal, os diferentes limites estipulados pelas Resoluções CONAMA, relativamente aos cordões de Dunas, e os próprios comandos normativos consensualmente aceitos dentre os membros da Associação dos moradores, com contornos de – entre outros – respeito aos limites das supostas propriedades. Em um segundo momento metodológico, procede-se a análise das sobreposições normativas a partir das chaves hermenêuticas tratadas na primeira parte desta contribuição.

Assim, conforme informações coletadas em tais processos, a Comunidade do Parque dos Cataventos começou a ser consolidada na década de 1990, em local onde antes havia alguns galpões de pescadores e, principalmente, um antigo lixão em que eram descartados irregularmente (inclusive pelo Poder Público Municipal) os resíduos do Balneário Cassino localizado no município de Rio Grande no Estado do Rio Grande do Sul.

A mencionada Associação foi composta pelos ocupantes da área conhecida como “Parque dos Cataventos”, próxima ao antigo “Camping do Leopoldo”, situado no final do “Corredor do Leopoldo” (atual rua Professor Picansso), distante cerca de um quilômetro e meio do final do bairro Querência, também no Balneário Cassino, último bairro em direção aos limites ao sul do município que é regularizado ao longo da faixa litorânea.

A área em que se constituiu essa comunidade, por ocasião do início das então ocupações, teve retirada a camada de lixo mais superficial, sendo aterradas as camadas mais profundas, e passou a ser ocupada por essa comunidade na década de 1990, em substituição aos pescadores que lá possuíam desde antes os mencionados “galpões”.

Os ocupantes dessa área formaram uma associação, autodenominada “Associação dos Moradores e Preservadores da Flora, Fauna e Solo Parque dos Cataventos” e, em sua grande maioria, responderam a ações civis públicas movidas pelo Ministério Público Federal, no ano de 2009, que visavam à demolição das construções então existentes nessa área, por alegadamente encontrarem-se irregularmente em área de preservação permanente – APP, ou sucederam os réus de tais ações na posse dos imóveis.

A conclusão das referidas ações civis públicas (ajuizadas individualmente por opção do Ministério Público Federal, mas instruídas e julgadas de forma conjunta pela Primeira Vara Federal da Subseção Judiciária do Rio Grande), foi favorável aos ocupantes, tendo concluído, ao final, que além de estarem (os ocupantes) de acordo com as normas ambientais, considerando a época do início da ocupação e a evolução das normas no tempo, não estariam (os ocupantes) causando dano ao meio ambiente, nem seriam responsáveis pela alteração do meio ambiente local.

A divergência entre moradores e Ministério Público Federal teve início após levantamento, pelo Município do Rio Grande, através da Secretaria Especial do Cassino, das ocupações que estariam, em tese, sobre o cordão de dunas daquele balneário e, por isso, seriam irregulares, em razão de estarem situadas em área de preservação permanente (APP), na qual seria proibida a construção.

A área de preservação permanente foi definida pelo IBAMA e pela FEPAM em 300 metros contados da linha de preamar máxima, ou das dunas que excedessem a essa metragem, com base na legislação ambiental vigente à época do levantamento, que assim previa (Código Florestal instituído pela Lei nº 4.771/1965, com as alterações inseridas pela MP nº 2.166-67/2001, e regulamentado pela Resolução CONAMA nº 303/2002).

Os moradores, antes do ajuizamento das ações civis públicas, chegaram a tentar a regularização junto à FEPAM, que, no entanto, considerou impossibilitada essa regularização por estarem as ocupações dentro do limite de 300 metros, que considerava ser APP. Esse limite de 300 metros, no entanto, importaria na necessidade de retirada das mais de 60 (sessenta) construções existentes no local, algumas há mais de vinte anos. Com base nesse entendimento da FEPAM, o Ministério Público Federal sustentava, então, seu pedido de que as construções fossem, todas, demolidas, e o meio ambiente local fosse restituído ao status quo ante.

A decisão da FEPAM, contudo, além de ter considerado normas que entraram em vigor em 2001 e 2002 para regular situação de ocupações existentes há mais de dez anos antes dessas normas, foi emitida em 25 de abril de 2006, quando já vigente a Resolução CONAMA nº 369/2006, que havia sido publicada no Diário Oficial da União em 29 de março de 2006, e que foi desconsiderada pela FEPAM. Essa última Resolução estabelecia um limite específico, de 150 metros, para as APPs, a fim de regularizar situações já consolidadas antes da edição da Resolução CONAMA nº 303/2002.

Percebe-se, portanto, que os moradores tentavam regularizar sua situação de ocupantes irregulares, o que foi impedido pela decisão da FEPAM, proferida sem a observância de normas explicitamente aplicáveis à situação concreta, e sem considerar que na época em que a ocupação foi consolidada não existiam as restrições legais que embasavam a decisão.

Durante os processos, foi realizada perícia técnica no local, na qual o perito, dentre outras questões, concluiu que o meio ambiente costeiro no local sofre uma transformação natural ao longo das décadas, mediante a transformação do cordão de dunas originais em campos litorâneos, cobertos por vegetação típica, reduzindo a largura do cordão de dunas original. Para isso, foram comparadas fotos de satélite dos anos 1966, 1975, 1996 e 2009,

que demonstravam a grande mobilidade do cordão de dunas, mesmo antes das ocupações, que foram identificadas apenas a partir das fotos do ano de 1996.

Com base nesse laudo e em outras informações constantes dos autos, o juiz da causa, então, concluiu que não havia liame de causalidade entre as construções e a redução do campo de dunas, que decorreria de transformação natural do meio ambiente, e destacou o seguinte trecho do laudo pericial na sentença:

Não há nenhuma edificação construída sobre o campo de dunas livres e nem sobre o cordão de dunas frontais. As construções localizam-se relativamente distantes da praia e atualmente ocupam áreas planas e cobertas por gramíneas. Essas áreas estão relacionadas à evolução natural de cordões de dunas de se transformarem em lençóis arenosos (massas de areia eólica em movimento, com superfície de relevo negligencial, isto é, sem superimposição de dunas com faces de avalanche) à medida que migram para o interior do continente.

E em relação ao alegado dano ambiental causado pelas residências, o juiz da causa também conclui pela sua inexistência, com base nas conclusões periciais, conforme o trecho a seguir transcrito extraído da sentença:

Como as construções atuais não estão situadas sobre os cordões de dunas, não interferem nos processos físicos ativos, ou seja, não interferem no balanço sedimentar entre praia e duna. A presença das casas atuais no local, com a consequente vegetação implantada nos terrenos, atua apenas como uma barreira contra o processo de transporte eólico de areia para o interior, impedindo que as dunas livres se transformem em lençóis arenosos, como ocorreria naturalmente.

O juiz da causa, então, concluiu que não estando as construções sobre o cordão de dunas, que foi reduzido por ação natural ao longo dos anos, e que embora estivessem dentro do limite de 300 metros previstos pela Resolução CONAMA nº 303/2002, estavam além dos 150 metros previstos na Resolução CONAMA nº 369/2006, e que a ocupação estava consolidada antes da entrada em vigor da primeira, além da constatação do perito pela inexistência de dano ambiental causado pelas construções, não havia fundamento legal ou fático que embasasse o pedido de demolição destas, tendo sido as ações civis públicas julgadas improcedentes, reconhecendo a possibilidade de que o Poder Público realize a regularização fundiária do local. Também foi destacado pelo juízo que

(...) sendo uma das finalidades da instituição de APP a manutenção da vegetação fixadora de dunas, e estando as construções e vegetação implantadas pelos moradores do local suprindo justamente essa função, não se pode concluir que há degradação ambiental pela ocupação, sendo compatível com a preservação do meio ambiente a manutenção das casas no local.

Essas foram as conclusões dos processos analisados, que foram tomadas com base na interpretação da legislação estatal. Mas o entendimento da comunidade lá estabelecida vai além. Como se pode constatar do contexto fático descrito, a Comunidade do Parque dos Cataventos instalou-se num local que, em tese, por ficção legal, deveria ser considerado Área de Preservação Permanente, mas que, na realidade, tratava-se de um antigo lixão, ou seja, um local em que o meio ambiente original havia sido degradado, em que pese a existência de normas estatais protetivas.

Diante dessa realidade, os moradores constituíram uma associação denominada de “Preservadores da Flora, Fauna e Solo”, que visa, além de aproveitar a área antes degradada para suas moradias (fixas ou de temporada), também recuperar e preservar a referida área, mas por meio de normas de conduta próprias, que apesar de diversas daquelas advindas do Estado, que não reconhece a legalidade dessa ocupação, visam atingir os mesmos objetivos.

Mesmo após a improcedência das ações civis públicas, os moradores do local continuaram, seguidamente, sendo alvos de tentativas do Estado de retirá-los do local ou forçá-los a tanto, tendo sido quase todos também alvo de ações penais por suposto crime ambiental, sob o mesmo argumento de construção irregular em APP. Essas ações penais já foram, também, quase todas, julgadas improcedentes, pelos mesmos fundamentos da ação civil pública, mas demonstram a existência de um conflito entre o Estado e a comunidade, que até hoje não conseguiu regularizar a situação da ocupação, não contando com serviços públicos estatais como, por exemplo, fornecimento de energia elétrica e de água potável.

É possível perceber que essa comunidade não reconhece a legitimidade das normas estatais diante da realidade de que não protegeram, de fato, o meio ambiente, bem fundamental previsto na Constituição, ao passo que as intervenções feitas pelos moradores visando recuperar o meio ambiente eram e são consideradas ilegais pelo Estado. É interessante, nesse sentido, o trecho final da sentença acima transcrita, em que o juiz considera, com base em laudo pericial, que as construções e a vegetação implantadas pelos moradores sem observância das normas estatais estão atingindo justamente a finalidade que era buscada por tais normas, não havendo degradação ambiental, como alegava o Ministério Público Federal na inicial das ações, mas sim a recuperação e preservação das áreas ocupadas.

Dentre as normas informais da comunidade, conforme informações que constam em diversos dos processos, podem ser citadas, por exemplo, a obrigação de cada morador levar o lixo produzido no local para ser descartado em locais apropriados, para evitar o acúmulo de lixo nos terrenos (já que por lá não passava a coleta pública de lixo), o uso de fossas sépticas, a fim de não contaminar o terreno com dejetos (muito embora o próprio subsolo já esteja contaminado pelos detritos enterrados do antigo lixão), o plantio preferencial de árvores nativas, a fim de renovar a flora e atrair a fauna endêmica, dentre outros.

A comunidade também passou por transformação, no sentido de que alguns dos terrenos foram divididos, sendo parte dos lotes vendidos pelos moradores, havendo o reconhecimento mútuo da posse de cada um, e o respeito a arruamentos instituídos pelos próprios moradores como área comuns de circulação, em verdadeira organização urbanística, ainda que precária.

Percebe-se, portanto, que ao seu modo a comunidade estabeleceu e segue normas ecológicas e urbanísticas diversas das normas estatais, mas que visam atingir as mesmas finalidades destas, por entenderem que as normas estatais não estariam, de fato, protegendo o meio ambiente local, que antes das ocupações estava degradado, pelo descarte irregular do lixo do balneário.



Em que pese à primeira vista possa parecer que a comunidade estaria praticando uma “desobediência civil”, analisando a questão mais a fundo percebe-se que, na realidade, visam atingir os mesmos objetivos que as normas estatais, porém por meios próprios, mais adequados à situação concreta por eles vivenciada do que as normas abstratas editadas pelo Estado.

### **Considerações finais:**

Boaventura de Souza Santos trata de um pluralismo jurídico baseado na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos. Na mesma linha, Antônio Carlos Wolkmer fala de um pluralismo comunitário, que em sua concepção mais atual, possui uma perspectiva de alteridade e diversidade cultural, e que expressa o reconhecimento dos valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade.

O pluralismo, na concepção dos dois autores acima, possui a validade das normas surgidas dessas comunidades embasada em sua legitimidade para essas comunidades, em vista da aplicabilidade frente a situações concretas, e na ilegitimidade das normas estatais na visão dessas mesmas comunidades, por não lograrem atingir os fins a que se destinam, mas ao contrário, sendo instrumentos de marginalização e exclusão social.

Com base nessa concepção de legitimidade das normas decorrentes do pluralismo, em especial pela aplicação do direito contextualizado, ou seja, pela sua interpretação sem considerá-las em sua generalidade, mas sim pertencentes a realidades sociais peculiares, é que se analisou a situação da Comunidade do Parque dos Cataventos. A análise possibilita identificar a efetividade de regras de conduta ecológica bem como relativas à posse e à propriedade observadas informalmente pelos moradores o que permite o reconhecimento de uma espécie, ainda que incipiente e específica, de pluralismo jurídico.

Na ausência de legitimidade das normas estatais (por falta de eficácia concreta para atingir seus próprios objetivos), com base nas quais os atores estatais visavam, inclusive, retirar do local as pessoas que lá estavam há longo tempo, e que não haviam logrado êxito em proteger o meio ambiente (pois o local era um antigo lixão), os moradores instituíram uma associação de “Preservadores da Flora, Fauna e Solo”, que a partir de suas próprias normas, lograram êxito em atingir a finalidade de recuperação e preservação do meio ambiente local, como restou reconhecido judicialmente. Além das normas ambientais, os moradores também respeitam mutuamente a posse de cada um e as áreas comuns de circulação (ruas), em verdadeira organização urbanística independente da intervenção estatal.

O caso de espécies de pluralismo jurídico analisado nesta contribuição possui fundamento na legitimidade das normas criadas pela comunidade e na efetividade da autoridade de tais normas enquanto geradoras de comportamento social no âmbito da comunidade. Não obstante não se trate – *in casu* - da coexistência ou múltiplas afetações de normas jurídicas válidas, são normas comunitárias de comportamento tidas como exigíveis socialmente em um contexto de reconhecimento de existência de comandos



efetivos num dado e específico contexto social<sup>26</sup>. Ademais, algumas destas normas comunitárias – particularmente as de natureza ambiental - caracterizam-se pela consonância com normas e princípios constitucionais e infraconstitucionais.

A presente pesquisa também permite concluir que, diante da ausência de eficácia do direito estatal, este perde sua percepção de legitimidade e vem a ser substituído por normas eficazes (oponíveis socialmente e geradoras de comportamento) criadas informalmente, a partir do contexto fático em que está inserida, as quais podem ser entendidas como normas produzidas fora do sistema jurídico, mas cujo objetivo é o mesmo das normas emanadas do Estado, sem que isso, portanto, possa ser configurado como uma desobediência civil, já que embora os meios normativos (do Estado e da comunidade) sejam diversos (sendo criadas normas de conduta próprias pela comunidade), visam atingir os mesmos valores constitucionais (no caso, a preservação do meio ambiente).

## REFERÊNCIAS

AGIER, Michel. Do Direito à Cidade ao Fazer Cidade: o Antropólogo, a Margem e o Centro. *Mana*. [S.l.], n. 21, v. 3, p. 483-498, 2015.

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; AZEVEDO, Ariston. A pluralidade do social e o pluralismo jurídico: a discussão acerca da atual emergência de novas unidades geradoras de juridicidade. *Direito, Estado e Sociedade*. [S.l.], v. 9, n. 26, jan./jun. 2005.

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; WOLKMER, Antonio Carlos. As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico. *Revista Sequência*. [S.l.], v. 29, n. 57, dez. 2008.

CASTANHEDA, Carlos Adolfo Rengifo; JARAMILLO, Eduard Maurício Wong; POSADA, Jorge Gregório. Pluralismo Jurídico: Implicaciones epistemológicas. *Revista Inciso*. [S.l.], ed. 15, p. 27-40, 2013.

CATUSO, Joseane. Pluralismo Jurídico: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. *Revista Eletrônica do CEJUR*. Curitiba, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007.

CELLA, José Renato Graziero. *A Crítica de Habermas à ideia de legitimidade em Weber e Kelsen*. XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. 24-29 Mayo, 2005. Granada, España. Disponível em: [www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf). Acesso em 09 jun. 2019.

---

<sup>26</sup> Não se pretende aqui adentrar no rigor terminológico de qualidades atribuíveis a normas jurídicas na tradição jurídica ocidental, tais como efetividade, eficácia, eficiência, validade, facticidade etc. Não se pode afirmar inequivocamente que as regras comunitárias são obrigatórias ao que é possível reconhecer que os comandos (normas comunitárias) são observados em larga escala no seio da comunidade. É possível afirmar que as normas comunitárias ecológicas e algumas outras normas relativas à delimitação de espaços são efetivas, no sentido de serem oponíveis e obedecidas pelos membros da comunidade muito embora não haja uma sanção expressa por uma autoridade constituída. Para uma aproximação técnica das terminologias mencionadas (efetividade, eficiência etc.) conferir MOREIRA, Felipe Kern. *Direito Internacional: teoria dos fatores dinâmicos de legitimidade*. 1. ed. Curitiba: Appris Editora, 2019. p. 124-129.

CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. *Espaço Ameríndio*. Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012.

FELISMINO, Lia Cordeiro. Pluralismo Jurídico: Um diálogo entre os pensamentos emancipatórios de Boaventura de Souza Santos e Antônio Carlos Wolkmer. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza – CE, jun. 2010.

GUTIÉRREZ Q. Marcela. Pluralismo jurídico y cultural en Colombia. *Revista Derecho del Estado*. [S.l.], n. 26, p. 85-105, ene./jun. 2011.

KENNEDY, David. One. Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. New York, New York University School of Law, v. 31, n. 657, p. 641-659, 2007.

KONZEN, Lucas P. A teoria do pluralismo jurídico e os espaços públicos urbanos. *Seqüência*. [S.l.], v. 31, n. 61, p. 227-250, dez. 2010.

LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: contribuindo para a juridicidade alternativa. *Espaço jurídico*. Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 113-136, jan./jun. 2011.

LÜBBE, Weyma. *Legitimität kraft Legalität: Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und Kritiken*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MENSKI, Werner. *Comparative law in a global context: the legal systems of Asia and Africa*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006

MOREIRA, Felipe Kern. Direitos humanos e normas costumeiras indígenas: apontamentos para o debate. In: 9o Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2011, Brasília - DF. Anais do 9o Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Brasília DF, 2011.

MOREIRA, Felipe Kern. Perspectivismo jurídico: contribuição ameríndia para os direitos ditos humanos. In: CAÚLA, Bleine Queiróz; HOLLANDA, Ana Paula Araújo de; ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; CARMO, Valter Moura do (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. v. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MOREIRA, Felipe Kern. *Direito Internacional: teoria dos fatores dinâmicos de legitimidade*. 1. ed. Curitiba: Appris Editora, 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Nota sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. Disponível em: <http://www.geocities.ws/b3centaurus/livros/s/boavpassar.pdf>.

SOUZA, José Gerardo (Org.) *Introdução crítica ao direito*. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

SOUZA, José Gerardo. *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

TEUBNER, Gunther. Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch 'private' trans- nationale Akteure. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21 Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft. In: KÖTTER, Peter Matthias.

SCHUPPERT, Gunnar Folke (Hrsg.). *Normative Pluralität ordnen*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, p. 113-128, jan. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15095>. Acesso em 09 jun. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no Direito. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

Data de Recebimento: 08/04/2022.

Data de Aprovação: 02/05/2022.

## DIREITO CONSTITUCIONAL AO RECEBIMENTO DE HERANÇA E O ITCMD: CONTRIBUIÇÕES JURÍDICAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS

## CONSTITUTIONAL RIGHT TO RECEIVE INHERITANCE AND ITCMD: LEGAL CONTRIBUTIONS OF PUBLIC TAX POLICIES

Hugo Thamir Rodrigues-  
Marli Daniel\*

### RESUMO

Objetiva-se identificar, a partir da observação da evolução da propriedade e transmissão, a forma com que preserva a riqueza acumulada, apontando contribuições para a formação de contribuições jurídicas de políticas públicas tributárias. O trabalho é desenvolvido confrontando os conflitos suscitados nos tribunais brasileiros, quanto à necessidade de comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do Imposto de Transmissão “Causa Mortis” e Doação. Tal ação é condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz do artigo 192 do Código Tributário Nacional e do artigo 659, § 2º, do Código de Processo Civil, com os preceitos da justiça fiscal. Para estruturação das ideias, optou-se pelo método de investigação dedutivo e pela técnica de pesquisa bibliográfica. Como resultado, verificou-se que um sistema tributário é um indutor das políticas públicas, servindo de mecanismo corretivo das desigualdades e de instrumento para concretização da justiça social.

Palavras-chave: Desigualdades sociais; Direito Tributário; Inclusão Social; Justiça Fiscal.

### ABSTRACT

The objective is to identify, from the observation of the evolution of property and transmission, the way in which it preserves accumulated wealth, pointing out contributions to the formation of legal contributions of tax public policies. This work's development lays in confronting the conflicts raised in the Brazilian courts, regarding the need to prove, in the summary listing, the payment of the “causa mortis” transmission tax and donation. Such action is a condition for the approval of the sharing or issuance of the award letter, in light of the article 192 of the National Tax Code and article 659, § 2, of the Civil Procedure Code, with the precepts of tax justice. In order to structure the ideas, it was opted for the deductive investigation method and the bibliographic research technique. As a result, it appears that the tax system is an inducer of public policies, serving as

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Professor do PPGD da UNISC – Doutorado e Mestrado. Coordenador do grupo de pesquisa Direito tributário e políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social, vinculado ao PPGD da UNISC. Membro (subcoordenador) do Conselho de Ética na Pesquisa (CEP) da UNISC. Membro do Comitê de Ética no Uso de Animais da UNISC. Membro do Conselho Editorial da Edunisc. Professor das disciplinas de Direito Tributário I e de Direito Tributário II do Curso de Direito (graduação) da UNISC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5161861990022466>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8286-8019>. E-mail: [hugo.thamir@terra.com.br](mailto:hugo.thamir@terra.com.br).

\*\* Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo UPF). Servidora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS) – Campus Erechim. Advogada. O presente trabalho foi realizado com apoio do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS) – Campus Erechim. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0334276393147484>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5874-0341>. E-mail: [marliadv36@gmail.com](mailto:marliadv36@gmail.com).

---

a corrective mechanism for inequalities and as an instrument for the realization of social justice.

Key-words: Social Differences; Tax Law; Social Inclusion; Tax Justice.

## INTRODUÇÃO

O direito sucessório teve espaço no texto constitucional brasileiro somente com a atual Constituição Federal. Ao garantir o direito de herança no inciso XXX, do art. 5º, o direito de herança foi elevado ao patamar dos direitos fundamentais, passando a fazer parte do rol de direitos importantes para erradicar a pobreza e a marginalização, bem como, possui papel fundamental para promover o bem de todos, ao lado de outros direitos sociais, como a saúde, a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, igualmente importantes para a construção de uma sociedade livre e justa<sup>1</sup>.

Reconhecer o direito de herança como preceito fundamental ao Estado Democrático de Direito é a forma com que o legislador encontrou para proteger determinadas categorias de pessoas. Significa garantir o aumento e o acúmulo da riqueza, permitindo que os bens possam ser transmitidos sob o manto da preservação da família, tida até os dias atuais como base da sociedade.

Ao gerar a perpetuidade do patrimônio por meio da herança, é preciso considerar que a necessidade de se conjugar tal instituto com os princípios constitucionais é imprescindível. Deve-se, especialmente correlacioná-lo com o da solidariedade, revelada não só pelo dever de assistência da família, mas, também, pela função social da propriedade, por inovações trazidas a posteriori e que remetem a outro assunto interessante: o dever fundamental de pagar impostos, sendo essa a forma de todos contribuírem para a manutenção do Estado.

Em linhas gerais, objetiva-se analisar de que forma evoluiu a propriedade e a sua transmissão, sempre resguardando a preservação da riqueza acumulada, para compreender o conflito suscitado em inúmeros julgamentos no Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto à necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) como condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz do artigo 192 do Código Tributário Nacional (CTN)<sup>2</sup> e do artigo 659, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC),<sup>3</sup> sob o prisma da justiça fiscal.

Essas questões têm gerado entendimentos e conflitos de leis que reforçam a incontestável proteção ao direito de propriedade em detrimento da luta contra a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Sendo assim, o estudo encontra aparo

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Brasília, DF. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 10 fev. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 10 fev. 2021.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14 de nov. de 2021.

na função fiscal e extrafiscal do ITCMD, no qual a função primeira tem por objetivo fornecer ao Estado condições de existência, retirando riqueza daqueles cidadãos que a possuem e transferindo-a para o Estado. Por outro viés, na função extrafiscal, o objetivo é diverso, não estando focado apenas na riqueza, mas, sim, em fomentar ações para proteger aquela parcela da população economicamente vulnerável, com vistas a reduzir as desigualdades sociais existentes.

Para tanto, optou-se pelo método de investigação dedutivo e pela técnica de pesquisa bibliográfica. A partir dessas premissas iniciais, o estudo está estruturado a partir de três dimensões fundamentais: na primeira, aponta a evolução e as transformações ocorridas a respeito da propriedade e as diferentes implicações que essas representam na sociedade; na segunda, analisa-se o conflito suscitado em inúmeros julgamentos no STJ, quanto à necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do ITCMD, condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz do artigo 192 do CTN<sup>4</sup> e do artigo 659, § 2º, do CPC,<sup>5</sup> pré-requisitos para a finalização do processo de partilha pelos herdeiros.

Por fim, confronta-se o papel da tributação, especialmente do ITCMD, no que tange às transmissões *causa mortis* quanto à concretização da justiça social. Defende-se que as alíquotas do ITCMD não devem ser irrisórias, pois tendem a agravar a desigualdade com o passar das gerações, mas também que a incidência do tributo seja clara, quanto ao fato gerador e em relação ao momento da sua incidência.

Os argumentos são trazidos com base na leitura sistemática dos princípios constitucionais e, do ponto de vista de um Estado Democrático de Direito, cuja função primordial deve ser a atenuação das desigualdades sociais. Seu enfrentamento deve ser por meio de mecanismos jurídicos que preservem a isonomia e a igualdade perante a lei, conforme determina o texto constitucional, a fim de não acentuar as desigualdades existentes e persistentes.

## Breve evolução da propriedade no Brasil

A partir do momento em que o homem, por meio dos mitos sociais, elevou a condição de sobrevivência humana à necessidade de aquisição de bens materiais como forma de se sobrepôr frente aos demais Estados e, deu valor a esses, definindo, posteriormente, isso como uma categoria de bens de propriedade particular, pode-se dizer que o curso da história da propriedade foi alterado. As transformações ocorridas mudaram drasticamente o conceito de terra, passando a despertar disputas em nome de um desejo maior de dominação. A propriedade particular passou a ser desejada até os dias de hoje, não só como representação de poder econômico, mas, sobretudo, por representar dignidade aos que a detém<sup>6</sup>.

Grande parte do que se vive como indivíduos, também é externalizada na forma de

---

<sup>4</sup> BRASIL, 1966.

<sup>5</sup> BRASIL, 2015.

<sup>6</sup> AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. *Registro de imóveis: retificação de registro e georreferenciamento, fundamento e prática*. São Paulo: Saraiva, 2013.



coletividade, como continuidade da evolução das relações que as sociedades antecessoras tiveram com as questões relacionadas com a posse e com a propriedade. No momento em que se assumiu um modelo judaico-cristão, também se assumiu ideias, valores e mitos que sustentaram, ao longo da história, os pensamentos liberais e a estrutura do modelo capitalista, no qual a propriedade ultrapassou as meras necessidades humanas de abrigo e segurança, tornando-se, na atualidade, alvo da exploração financeira imobiliária, que subestima o alto custo social pela escassez de moradia digna a muitos<sup>7</sup>.

Nessa realidade, o conceito de propriedade, embora antigo quanto à ideia de família, vem sofrendo transformações, mesmo que não seja ainda possível dissociar a ideia de lar sem a materialidade de uma moradia, cuja forma de ocupação e domínio, depende da lei vigente e de um determinado local. O direito de propriedade e suas implicações, “modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas”, relegando a muitos esse direito básico<sup>8</sup>.

Com a evolução das sociedades e com a valoração do princípio da dignidade humana, estabeleceram-se novos paradigmas para a função social da propriedade, de tal forma que a moradia passou a pertencer ao rol de direitos considerados indispensáveis a uma existência digna. Muitas vezes, tal direito confunde-se com a dimensão patrimonial, que, não se vincula, necessariamente, a direitos de personalidade, mas, sim, está destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tal qual a liberdade, a igualdade e a justiça, valores supremos de uma sociedade comprometida com a harmonia social.

É sabido que o ser humano, de qualquer época, sempre está em busca da felicidade, daquilo que lhe traz segurança e plenitude, independentemente dos valores que a sociedade imprima para determinada coisa. Também é consenso que a propriedade registrada fornece a segurança necessária para lançar qualquer oposição imediata a quem possa pôr em risco tal situação, contudo, isso somente ocorre se exercida respeitando-se o cumprimento da sua função social<sup>9</sup>.

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso XXII, que é garantido a todos os brasileiros e estrangeiros no Brasil o direito de propriedade. Significa dizer, que o seu conteúdo é amplo, porém, para que a propriedade seja plena quanto aos direitos que confere ao seu titular, deve respeitar a legislação vigente<sup>10</sup>.

Por isso, o caput do art. 1.228 do Código Civil não define a propriedade, mas descreve as faculdades que o proprietário detém dentro dessa complexa relação jurídica, quanto aos direitos e deveres, permitindo utilizar o bem, irrestritamente, desde que, sua conduta esteja enquadrada para atender a função social. Em outras palavras, “os direitos inerentes à propriedade não podem ser exercidos em detrimento da sociedade ou contra

---

<sup>7</sup> DRUMMOND, Carlos. *Nos EUA, uma nova bolha imobiliária ameaça criar outra crise*. Carta Capital. Publicado em 20 de jun. de 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/568840-nos-eua-uma-nova-bolha-imobiliaria-ameaca-criar-outra-crise>. Acesso em: 01 fev. 2021.

<sup>8</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Direitos Reais. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>10</sup> BRASIL, 1988.

as aspirações sociais”<sup>11</sup>. Além disso, pela lei brasileira, a propriedade imóvel se adquire pela transcrição do título de transferência no registro de imóveis, pelo qual, confere ao seu possuidor também o ônus pelos encargos que recaírem sobre a propriedade.

Nesse processo de formação do conteúdo da propriedade, tem-se uma mescla de conteúdos de Direito Público e de Direito Privado que, cada vez mais, caminham para a confirmação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Embora a previsão da obrigatoriedade do registro perante o Registro de Imóveis tenha sido consolidada como garantia fundamental, é importante reter o olhar para o Art. 170, II e III bem como para o princípio informador da ordem econômica, constante do Art. 182 e 183 da CF<sup>12</sup>. Da mesma forma, deve-se atentar para outras previsões constitucionais que, igualmente, conferem respaldo aos verdadeiros interesses que circundam os requisitos da aquisição da propriedade, ou seja, respaldam a base formadora para a incidência de certos tributos.

Além disso, embora o registro imobiliário não seja a única forma de aquisição e comprovação da propriedade imóvel, esse é imprescindível para se preservar a continuidade nas relações familiares e comerciais e para conferir eficácia *erga omnes* perante o fisco e perante terceiros bem como configura segurança jurídica indispensável para o não perecimento de direitos. O ato consolidado pelo registro imobiliário, então, torna pública a transação imobiliária, permitindo afirmar a boa-fé dos envolvidos e consolidar as demais obrigações que daí decorrem.

Quando a forma de aquisição da propriedade ocorre pela *causa mortis*, o registro público passa a ser um divisor de águas para a incidência do ITCMD. Com a alteração legislativa introduzida no § 2º, do Art. 659, do Código de Processo Civil (CPC) de que<sup>13</sup>

§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou de adjudicação, será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação e, em seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária, nos termos do § 2º do art. 662.

Veja que o artigo em questão possibilitou que a comprovação do pagamento dos tributos incidentes sobre a transferência da propriedade ocorre ao final do processo, após a lavratura e a expedição do formal de partilha.

Nesse sentido, o Art. 662 dispõe que: “No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio”. Percebe-se que o momento da comprovação do pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* no inventário está definido diferentemente do que é definido para o caso de arrolamento sumário. Logo, no inventário, a parte precisa se manifestar previamente ao julgamento da partilha quanto à comprovação do recolhimento do impos-

<sup>11</sup> FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

<sup>12</sup> BRASIL, 1988.

<sup>13</sup> BRASIL, 2015.

to de competência da Fazenda Estadual previsto no Art. 155, I da CF<sup>14</sup>.

Já, para o caso do arrolamento sumário, que comporta aquelas situações em que inexistia testamento e a de que o valor dos bens não ultrapasse 1.000 salários mínimos, ou ainda, existindo herdeiro incapaz que não haja oposição dos interessados ou do Ministério Público, o legislador preferiu facilitar o trâmite processual, oportunizando a comprovação do recolhimento do tributo ao final do processo.

É nesse contexto, e da dimensão constitucional do direito de herança, previsto na Constituição Federal de 1988, que se faz necessário analisar o conflito suscitado em inúmeros julgamentos no Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto à necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) como condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz do artigo 192 do Código Tributário Nacional (CTN)<sup>15</sup> e do artigo 659, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC)<sup>16</sup> como pré-requisitos para a finalização do processo de partilha pelos herdeiros, o que será analisado no próximo tópico.

### **O conflito de leis e a proteção ao direito de propriedade**

Como pontuado no item anterior, o tópico se propõe analisar o conflito suscitado em inúmeros julgamentos no Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto à necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do ITCMD como condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz do artigo 192 do CTN<sup>17</sup> e do artigo 659, § 2º, do CPC de 2015 como pré-requisitos para a finalização do processo de partilha pelos herdeiros<sup>18</sup>.

Inicialmente, se faz necessário pontuar que o CTN, recepcionado pela Lei nº 5.172 de 5 de outubro de 1966, embora seja uma lei ordinária, possui status de lei complementar, isso em função da época em que o código foi criado. Na época de criação do CTN, vigorava a Constituição de 1946, na qual não figuravam as leis complementares<sup>19</sup>.

Pode-se dizer que as normas gerais de direito tributário foram afetadas por diferentes momentos na história do direito brasileiro, com amplos debates, no entanto, não se tem aqui o objetivo de esgotar todas as posições defendidas. O que se pretende é trazer para o debate que as normas gerais de direito tributário surgiram, basicamente, para demarcar, inicialmente, as competências em matéria de arrecadação, dirimindo os conflitos de competência existentes entre as esferas de poder de tributar<sup>20</sup>.

Parte-se na noção de que foi a partir da Constituição de 1967 que o CTN precisou passar a ser tratado como lei complementar por conta da sua matéria, ou seja, por tratar das normas gerais de Direito Tributário e, somente, com a CF de 1988, passou a ser

---

<sup>14</sup> BRASIL, 1988.

<sup>15</sup> BRASIL, 1966.

<sup>16</sup> BRASIL, 2015.

<sup>17</sup> BRASIL, 1966.

<sup>18</sup> BRASIL, 2015.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional e Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

considerado lei complementar, por força das disposições do art. 146, III da CF<sup>21</sup>. Embora, como já referido, formalmente, seja uma lei ordinária e a CF não tenha conseguido eliminar por completo todos os conflitos existentes sobre a matéria<sup>22</sup>.

A partir de um sentido amplo, pode-se dizer que todas as leis são complementares à Constituição, por outro viés, a partir do olhar mais estrito e de uma leitura sistemática, percebe-se que as leis complementares estão submetidas ao regime jurídico inscrito nos arts. 59 e 69 da CF, ou seja, a lei complementar é submetida a um processo legislativo jurídico-formal que enlaça tanto critérios constitucionais de direito material, quanto critérios de conteúdo formal, de modo que ambos servem para operacionalizar determinadas matérias que estarão condicionadas à regulação própria<sup>23</sup>.

Em termos de hierarquia, essas terminologias se prestam para dizer que uma norma é inferior a outra, sendo que a segunda regula a forma pela qual outra norma jurídica é criada, assim como, em certa medida, também limita o conteúdo dessa última, de modo que uma norma apenas determina o processo mediante o qual outra norma é produzida ou, também, noutra variável, o conteúdo da norma a ser produzido torna-se válido, porque foi criado na forma estabelecida por outra norma que funciona como o seu fundamento ou razão de validade<sup>24</sup>.

Para o debate aqui proposto, interessa dizer que as normas gerais em direito tributário servem para evitar eventuais conflitos de competência entre as pessoas tributantes. Nesse sentido, o art. 146, III, “a” da CF, ao determinar a criação de normas gerais dispendo sobre fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos já identificados na Constituição, essas somente serão constitucionais se comparecerem no sistema para especificar os limites do inciso I, isto é, para prevenir conflitos de competência entre as pessoas políticas.<sup>25</sup> Por isso, é preciso superar a rigidez do texto constitucional a fim de ser possível avançar para um debate que de fato possibilite concretizar os preceitos do Estado Democrático de Direito<sup>26</sup>.

Cabe destacar no debate que as normas gerais de direito tributário servem também para dar segurança jurídica, ante a impossibilidade espontânea de, por si só, dar respostas às exigências da justiça. Por isso, diante da situação posta perante os tribunais brasileiros quanto à necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do ITCMD como condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz do artigo 192 do CTN e do artigo 659, § 2º, do CPC<sup>27</sup> como pré-requisitos para a finalização do processo de partilha pelos herdeiros, faz-se necessário pontuar também o que dispõe o Art. 192 do CTN: “Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens

---

<sup>21</sup> BRASIL, 1988.

<sup>22</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

<sup>23</sup> BRASIL, 1988.

<sup>24</sup> BORGES, José Souto Maior. Lei Complementar Tributária. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, 1975.

<sup>25</sup> BRASIL, 1988.

<sup>26</sup> TORRES, Heleno Taveira. Funções das Leis Complementares no Sistema Tributário Nacional: hierarquia de normas - papel do CTN no ordenamento. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 84, 2003.

<sup>27</sup> BRASIL, 2015.

do espólio, ou às suas rendas”<sup>28</sup>.

Igualmente importante destacar o que dispõe o Art. 659, §2º do CPC<sup>29</sup>

Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou de adjudicação, será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação e, em seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária, nos termos do §2º do art. 662 [...].

Considere-se o que estabelece o referido artigo<sup>30</sup>:

Art. 662. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

§ 1º A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral.

§ 2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.

Assim, como visto anteriormente, no direito positivo brasileiro, os limites e as competências para se criar ou arrecadar determinado tributo são regidos por diferentes normas constitucionais e infraconstitucionais. Por isso, em se tratando de matéria que versa sobre direito tributário, não se pode interpretá-la isoladamente, mas, sim, em conjunto com os demais signos presuntivos indicados no texto da Constituição, pois é ela que demarca o processo de positivação do direito.

Dito isso, importante destacar também que o CPC, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em seu art. 926 estabeleceu que: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”<sup>31</sup>. Ao estabelecer esse novo paradigma para o sistema jurídico brasileiro, ressalta-se a importância da segurança jurídica e do papel dos tribunais superiores quando suscitado divergência quanto à interpretação de normas e, em especial, de conflitos de competência em matéria tributária.

Nesse sentido, a situação posta perante os tribunais superiores quanto ao momento da arrecadação do ITCMD no arrolamento sumário não deveria causar tanto desconforto por parte dos envolvidos quando se analisa os dispositivos separadamente. No entanto, independentemente do procedimento processual adotado, na sucessão causa mortis, os tributos que recaem sobre os bens do espólio e às suas rendas são todos aqueles que integram o passivo patrimonial deixado pelo *de cujus*, constituindo-se no fato gerador para a imposição do ITCMD.

Segundo às disposições do art. 192 do CTN, os responsáveis pela herança devem

<sup>28</sup> BRASIL, 1966.

<sup>29</sup> BRASIL, 2015.

<sup>30</sup> BRASIL, 2015.

<sup>31</sup> Idem.



comprovar a quitação de todos os tributos referentes aos bens deixados pelo espólio e às suas rendas, sendo essa condição *sine qua non* para que o magistrado determine a homologação da partilha, possibilitando a expedição e a entrega dos formais de partilha<sup>32</sup>.

De outro modo, o art. 659, §2º do CPC deixou de condicionar a entrega dos formais de partilha ou da carta de adjudicação mediante comprovação de quitação dos tributos concernentes à transmissão patrimonial aos sucessores do *de cujos*, isso porque o arrolamento sumário comporta forma simplificada de inventário, sendo admitido somente naqueles casos onde “todos os herdeiros são maiores e capazes e concordam amigavelmente sobre a partilha ou quando for caso de herdeiro único”.<sup>33</sup> Ou seja, em todos aqueles casos que não houver conflito de interesses entre as partes, porquanto quis o legislador preservar a consensualidade e a celeridade na solução da causa, respeitando-se o princípio da duração razoável do processo, previsão do art. 5º, LXXVIII, da CF<sup>34</sup>.

Nesse contexto, não é possível concluir que existe inconstitucionalidade formal do art. 659, §2º do CPC, pois que o dispositivo que vem sendo questionado nos tribunais superiores não trata de matéria tributária, tampouco de norma geral sobre direito tributário e, sim, versa sobre matéria tipicamente processual, com vistas a assegurar a celeridade processual quando adotado o procedimento do arrolamento sumário<sup>35</sup>.

Por outra perspectiva, tal dispositivo repercute sobre o modo de cobrança do crédito tributário, no entanto, nada estabelece sobre assegurar garantias do crédito tributário. Também não afasta a incidência, isenção ou exclusão do ITCMD, apenas desloca a competência para a via administrativa fiscal, a fim de que essa adote as diligências necessárias ao recolhimento do tributo, conferindo tratamento mais célere na via judicial.

Tal compreensão é fundamental para se poder avançar sobre os requisitos que justificam certas exigências tributárias como um dever fundamental de todos para a construção do bem comum.

## **Estado Democrático de Direito: caminhos para a Justiça Social**

O texto da Constituição Federal é claro quanto à formação do Estado brasileiro (ao menos no plano formal), constitui-se em Estado Democrático de Direito, sendo que, esse mesmo Estado, nos termos da CF, optou pelo sistema econômico capitalista e, paralelamente, evidencia que possui uma função social primordial, que, segundo os termos do inciso III, do art. 3º, busca “erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Pode-se perceber, a partir disso que o Estado, compreendido em âmbito federal, estadual, distrital e municipal, revestido dos poderes que lhe compete, deve buscar a efetivação dos direitos fundamentais a todos e, não somente a alguns, pois a expressão “Estado Democrático de Direito” deve ser tomada em sua completude. A expressão somente se concretiza quando os direitos fundamentais são acessíveis a cada um, tornan-

---

<sup>32</sup> BRASIL, 1966.

<sup>33</sup> BRASIL, 2015.

<sup>34</sup> BRASIL, 1988.

<sup>35</sup> Idem.



do obrigatório, como dever do Estado, a disponibilidade de direitos sociais.

Segundo Streck e Morais<sup>36</sup>, pode-se dizer que tal modelo de Estado representa um avanço em relação ao Estado Social de Direito, fomentando a democracia, a qual “contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência”. Salientam, que, dentre os princípios do Estado democrático de Direito encontra-se “a Justiça Social como mecanismo corretivo das desigualdades; [...] igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa”<sup>37</sup>.

Sendo assim, não há como falar em Estado Democrático de Direito sem considerar pressupostos do Estado de Bem-Estar Social, que implicam que “a dignidade humana (manifestada nos pressupostos socioeconômicos) é uma condição para o exercício da liberdade”. Assim, “não há possibilidade de garantir a liberdade, se o seu estabelecimento e as garantias formais não estão acompanhadas de condições mínimas que tornem possível o seu exercício real”<sup>38</sup>.

A inclusão social, por seu turno, exige a compreensão do termo desenvolvimento aplicado à seara estatal, e, em tal sentido, Eros Roberto Grau<sup>39</sup> afirma que o que comprova o desenvolvimento do povo é o aumento da qualidade de vida, o que pressupõe a redução das desigualdades sociais e, por óbvio, a inclusão social, o que exige a busca da efetivação da igualdade material (art. 3º, III, CF). Sendo assim, para falar de inclusão social, em âmbito tributário, é necessário não esquecer que a justiça social passa, obrigatoriamente, pela justiça fiscal. E, a respeito de tal assunto busca-se em Tipke e Yamashita, um referencial teórico fundamental.

Tipke e Yamashita<sup>40</sup> apontam que:

A justa repartição da carga tributária total entre os cidadãos é imperativo ético para todo Estado de Direito. Num Estado de Direito merecedor deste nome o Direito positivado em leis fiscais deve ser Ética aplicada. A moral da tributação corresponde à ética fiscal, é o pressuposto para a moral fiscal dos cidadãos. Política fiscal tem de ser política de justiça, e não mera política de interesses. A tributação seria um processo sem dignidade ética se impostos pudessem ser arrecadados de qualquer maneira, se o legislador pudesse ditar as leis fiscais de qualquer maneira. Também a maioria parlamentar está, num Estado de Direito, sujeita à Ética. Ela também deve observar os princípios da justiça, não podendo invocar sua força quantitativa.

Tipke<sup>41</sup>, por sua vez, após salientar que o princípio da justiça deve ser efetivado segundo a realidade social, afirma que “a justiça é garantida primordialmente pela igualdade perante a lei, no Direito Tributário pela *igualdade na distribuição da carga tributária*”. A justiça social, em suas razões e objetivos, pode ser facilmente visualizada no

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e os deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>39</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>40</sup> TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>41</sup> TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Moral Tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

campo do dever ser constitucional, basta uma leitura atenta da CF, o que exige, segundo o mesmo autor<sup>42</sup>, que as leis tributárias busquem suas diretrizes morais nos direitos fundamentais nela presentes.

A justiça fiscal deve ter o seu norte na justiça social, o que implica na obrigatoriedade do tratamento desigual dos desiguais, na erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução de desigualdades sociais e regionais. Deve, portanto, como impossível prover o subjetivismo da felicidade, servir de instrumento a que todos tenham acesso aos conteúdos do princípio da dignidade humana.

Nabais<sup>43</sup> ressalta que o princípio da igualdade fiscal é “uma expressão específica do princípio geral da igualdade”, vinculando o legislador ao seu conteúdo. Assim, cabe a ele perceber as diferenças e “fazer discriminações ou a adotar tratamentos desiguais a fim de criar um mínimo de igualdade como ponto de partida ou igualdade de oportunidades ou de *chances*, dependendo do grau de satisfação das necessidades primárias dos indivíduos (alimentação, vestuário, habitação, saúde, segurança social, educação). Seja um mínimo de igualdade como ponto de chegada ou igualdade de resultados, dependendo principalmente da satisfação dessas necessidades primárias e, complementarmente, do rendimento produtivo, dada a sua utilidade para o crescimento econômico e dos atributos pessoais, que levam a uma mais eficaz distribuição dos empregos, manifestando igualdade pela lei.

Dessas interpretações resulta que a igualdade perante a lei, prevista pelo art. 5º da CF, a qual complementa o conteúdo da igualdade material ao dizer que iguais devem ser tratados como iguais e desiguais como desiguais, ou seja, a situação posta perante os tribunais brasileiros quanto à necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do ITCMD como condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz do artigo 192 do CTN<sup>44</sup> e, do artigo 659, § 2º, do CPC<sup>45</sup>, sendo pré-requisitos para a finalização do processo de partilha pelos herdeiros é um exemplo claro de que o legislador quis imprimir tratamento desigual aos desiguais, servindo de instrumento para a concretização dos preceitos constitucionais.

Por isso, toma-se emprestado o pensamento de J. J. Gomes Canotilho, o qual expõe e debate a respeito do método de argumentação denominado de “metódica jurídica normativo-estruturante”, método pelo qual entende-se que a CF deve ser interpretada a partir de seu sentido semântico, dado em função das especificidades de cada caso, dentro de uma realidade espaço-temporal, o que implica que a norma é o fruto da interpretação/concretização e, por consequência, da sua própria normatividade. Tal método prescinde de uma leitura sistemática, não podendo cada dispositivo ser compreendido de forma isolada, necessitando de uma leitura conjunta e em harmonia com os princípios constitucionais<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Moral Tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

<sup>43</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>44</sup> BRASIL, 1966.

<sup>45</sup> BRASIL, 2015.

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

Sob o ponto de vista do Direito Tributário, é preciso conjugar esses elementos com a questão de fundo, que, no presente caso, passa por duas questões fundamentais: a primeira diz respeito à função extrafiscal do ITCMD na luta contra a desigualdade sócia; e a segunda concerne ao momento em que inicia a ocorrência do fato gerador que dá início ao prazo quinquenal de decadência para o lançamento do ITCMD nas decisões judiciais que envolvem o arrolamento sumário, assumindo também vanguarda nessa luta a favor dos menos favorecidos economicamente. Segundo aponta Piketty<sup>47</sup>, as riquezas vindas do passado progridem automaticamente mais rápido (sem a necessidade de trabalhar) do que as riquezas produzidas pelo trabalho, sendo possível a partir da primeira poupar e acumular riqueza.

Demonstra que essa tendência gera, de maneira quase inescapável, a perpetuidade das desigualdades criadas no passado e, de certo modo, estão ligadas às heranças. A consequência disso é a de que os rendimentos do capital sempre favorecerão aqueles que já construíram grandes patrimônios ou herdaram. Por isso, dentre os mecanismos de redistribuição de renda para a diminuição das desigualdades está a tributação das heranças e/ou doações, cujos recursos podem ser redistribuídos ou direcionados para investimentos em políticas públicas que servirá para beneficiar aqueles que se enquadram em programas do governo com o objetivo de erradicar a pobreza, bem como para fortalecer a economia do país.

Percebe-se que se não existirem mecanismos capazes de equilibrar as diferenças entre aqueles que possuem altos ganhos de capital, provenientes das quantias recebidas por herança, daqueles que não as receberam, ou receberam valores muito pequenos, ocorre um desequilíbrio, culminando em uma desigualdade desencadeada pelo fator hereditário. Desse modo, o papel da tributação, aqui especialmente do ITCMD, no que tange às transmissões *causa mortis* é fundamental para a concretização da justiça social.

Por isso, defende-se tanto que as alíquotas do ITCMD não devam ser irrisórias, pois tendem a agravar a desigualdade com o passar das gerações, como também que a incidência do tributo seja clara, quanto à incidência (fato gerador) e quanto ao momento da sua incidência. Tais argumentos são defendidos pois, sob o ponto de vista de um Estado Democrático de Direito, a atenuação das desigualdades sociais devem ser enfrentadas com mecanismos jurídicos que preservem a isonomia e a igualdade perante a lei, conforme determina o texto constitucional, já que se assim não for, ocorrerá a acentuação das desigualdades, que em nada contribui para uma sociedade que almeja por justiça social, posto que é dever do Estado buscar confrontar essa situação em benefício de todos.

Desse modo, é pertinente que o judiciário, ao analisar os princípios constitucionais intrínsecos quanto à necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do ITCMD como condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz do artigo 192 do CTN<sup>48</sup> e do artigo 659, § 2º, do CPC<sup>49</sup>, ao cumprir com o seu papel de guardião da Constituição, postule critérios claros para garantir a justiça

---

<sup>47</sup> PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

<sup>48</sup> BRASIL, 1966.

<sup>49</sup> BRASIL, 2015.

fiscal e social que envolve o direito constitucional ao recebimento de herança no Brasil. Por conseguinte, não se pode esquecer que a discussão sobre o tema também envolve o momento em que deve ocorrer o lançamento do tributo bem como a sua comprovação, se perante o juízo da causa ou perante o fisco (administrativamente).

Nesse sentido, cumpre esclarecer que a decadência quanto ao direito de promover o lançamento de ofício de tributos está definida no CTN, especificamente no art. 173, inciso I, que estabelece a decadência geral válida para todos os tributos e, o art. 150, §4º, que trata da homologação tácita do lançamento promovido pelo contribuinte<sup>50</sup>. No que diz respeito ao ITCMD, o entendimento majoritário, é de que ele também está sujeito à decadência quinquenal, ou seja, o direito de constituição de crédito tributário pela Fazenda Pública Estadual extingue-se após 5 anos contados do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele no qual o lançamento poderia ter sido realizado.

Caracteriza-se a decadência pela perda do direito de constituição do crédito tributário por força do decurso do prazo para se efetuar o lançamento. De outra banda, a prescrição seria a perda, pelo fisco, do direito de promover a execução fiscal do crédito já constituído pelo lançamento<sup>51</sup>.

Porém, outra questão que cerca o ITCMD é definir a partir de qual momento o prazo começa a ser contado, pois, a maioria dos Estados brasileiros não adota o evento morte como início para a contagem do prazo, sob a alegação de que é difícil a identificação do evento morte pela Fazenda Pública. Embora seja esse o momento para fixação do fato gerador. O fisco passou a adotar entendimento particular, utilizando como marco inicial da contagem do prazo decadencial, o primeiro dia útil do ano seguinte àquele em que a autoridade fazendária teve conhecimento do fato gerador, e não do possível lançamento, como expressamente disposto na legislação<sup>52</sup>.

Ocorre que no inventário administrativo e no arrolamento de bens de pequeno valor o lançamento somente será realizado após transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou de adjudicação. Somente a partir dessa será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação e, em seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária.

Está claro que o objetivo do legislador foi imprimir maior celeridade na transmissão de bens, quando se enquadrarem na modalidade de inventário administrativo ou arrolamento sumário. Assim, não se apresenta, portanto, razoável que o fisco queira antecipar o recolhimento do tributo, sob pena de ferir o direito de recebimento de herança àqueles cuja situação necessitam primeiro receber o bem para depois arcar com as obrigações perante o fisco.

Importante destacar também que, em decisão recente, o Superior Tribunal Federal (STF) decidiu por unanimidade que o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI)

---

<sup>50</sup> BRASIL, 1966.

<sup>51</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011.

<sup>52</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

somente poderá ser cobrado pela Fazenda Pública Municipal após a compra ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Fixou-se, assim, o entendimento de que a exigência do ITBI ocorre somente com a transferência efetiva da propriedade, que se dá com o registro imobiliário, não se admitindo a incidência do tributo sobre bens que não tenham sido transmitidos.

Apesar de se tratar de tributos distintos, inclusive de competências diferentes quanto à arrecadação, existe aqui uma semelhança para o caso em questão, que é a fixação do momento em que a transmissão de bens ocorre, seja, *inter vivos* ou *causa mortis*. Para o caso em debate, a legislação prevê que ela somente ocorre após a expedição dos alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos.

Em que pese a urgente necessidade de uma reforma tributária, com vistas a possibilitar melhorias na gestão das finanças públicas, de nada adiantaria, se ela continuar a beneficiar alguns em detrimento da grande maioria de pobres, que vivem abaixo da linha da pobreza no Brasil. O ITCMD, igualmente a outros tantos tributos pode servir de importante ferramenta para evitar que se perpetue a desigualdade que está sendo transmitida entre as gerações.

Em um Estado Democrático de Direito, proporcionar que os cidadãos tenham um ponto de partida em igualdade de condições para conquistar o próprio sustento e superar dificuldades com seu esforço deve ser um dos pilares de integridade. Nesse sentido, os mecanismos de tributação são uma via de combate às desigualdades indesejáveis, devendo ser um dos propósitos do sistema tributário para combater esse mal.

Dessa forma, pode-se concluir que, a exigência do lançamento do ITCMD pelas Fazendas Públicas Estaduais, sem observância do devido prazo decadencial estabelecido pelo CPC para as modalidades de inventário administrativo ou arrolamento sumário, não possuem fundamento constitucional ou legal, sendo, portanto, ilegais e abusivas. O que se espera é que o judiciário pacifique o entendimento posto na legislação, fixando tese de repercussão geral, como forma de preservar os contribuintes dos abusos do Estado, preservando os interesses sociais.

### Considerações finais

A análise da problemática em discussão mescla regras que dizem respeito a encargos tributários diversos do ITCMD e, portanto, não devem ser tomadas como parâmetro para a aplicação do imposto de transmissão *causa mortis*. Condicionar o julgamento da partilha no arrolamento sumário à quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, deve ser visto como um ônus de natureza diversa do ITCMD.

Isso porque, o ITCMD não é tributo que incide sobre os bens do espólio, mas, sim, especificamente sobre a transmissão da herança, tendo como fato gerador (art. 155, I, da CF e arts. 35 e 42, do CTN) a causa morte. Destaca-se, inclusive, que o legislador sempre que faz referência ao imposto de transmissão, o faz de maneira discriminada das demais espécies de tributos, dado seu caráter específico<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> BRASIL, 1966.



Por consequência, os tributos incidentes sobre os bens do espólio (dívidas de IPTU, ITR ou IR), cujo recolhimento condiciona a sentença que julga a partilha, não devem ser confundidos com o ITCMD, especialmente para o arrolamento sumário, em que a apuração e o pagamento devem ser resolvidos na esfera administrativa, após expedição dos referidos formais de partilha, conforme expressa previsão legal.

Além disso, pontuou-se que o papel da tributação, especialmente do ITCMD, no que tange às transmissões *causa mortis* é fundamental para a concretização da justiça social. Por isso, defendeu-se que as alíquotas do ITCMD não devem ser irrisórias, pois tendem a agravar a desigualdade com o passar das gerações, mas, também, que a incidência do tributo seja clara, quanto à incidência (fato gerador) e quanto ao momento da sua incidência.

Tais argumentos justificam-se, pois, sob o ponto de vista de um Estado Democrático de Direito, a atenuação das desigualdades sociais deve ser enfrentada com mecanismos jurídicos que preservem a isonomia e a igualdade perante a lei, conforme determina o texto constitucional. Se assim não for, ocorrerá a acentuação das desigualdades, que em nada contribui para uma sociedade que almeja por justiça social, sendo que é dever do Estado buscar confrontar essa situação em benefício da coletividade.

Por fim, concluiu-se que a sistemática adotada pelo legislador, no que diz respeito ao momento diferenciado para recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*, no arrolamento sumário, configura-se em tratamento especial, cujo objetivo maior é imprimir tratamento desigual aos desiguais. Deve, assim, servir de instrumento para a concretização dos preceitos constitucionais, além de servir de mecanismo corretivo das desigualdades, na tentativa de propiciar igualdade, não apenas como uma possibilidade formal, mas, também, como instrumento de articulação para a concretização da justiça social.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. *Registro de imóveis: retificação de registro e georreferenciamento, fundamento e prática*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, José Souto Maior. Lei Complementar Tributária. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, 1975.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Brasília, DF. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 10 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14 de nov. de 2021.



BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e os deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional e Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011.

DRUMMOND, Carlos. *Nos EUA, uma nova bolha imobiliária ameaça criar outra crise*. Carta Capital. Publicado em 20 de jun. de 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/568840-nos-eua-uma-nova-bolha-imobiliaria-ameaca-criar-outra-crise> . Acesso em: 01 fev. 2021.

FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Direitos Reais. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Moral Tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

TORRES, Heleno Taveira. *Funções das Leis Complementares no Sistema Tributário Nacional: hierarquia de normas - papel do CTN no ordenamento*. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 84, 2003.

Data de Recebimento: 05/01/2022.

Data de Aprovação: 21/02/2022.

## EXCESSO, TÉCNICA E EXCEÇÃO: NOTAS CRÍTICAS AO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO

### EXCESS, TECHNIQUE AND EXCEPTION: CRITICAL NOTES ON THE CONCEPT OF RULE OF LAW

Macell Cunha Leitão\*

---

#### RESUMO

---

O artigo tem o objetivo de analisar criticamente o conceito de Estado de direito, desvelando os valores e interesses contidos na ideia de que a atuação estatal na forma do direito constitui uma técnica que possibilita a contenção dos excessos inerentes ao poder. Com base na pesquisa bibliográfica sobre o tema, conclui-se que o conteúdo político desta técnica favorece noções de igualdade, autogoverno e de renúncia ao uso direto da força. Contudo, esses mesmos valores constituem uma “neutralidade de segundo grau” enquanto ilusão que legitima a exceção permanente. Desta forma, o trabalho contribui para a percepção do caráter ambíguo da luta pelo direito.

Palavras-chave: Teoria crítica; Estado de direito; estado de exceção; democracia; luta pelo direito.

---

#### ABSTRACT

---

The paper aims to critically analyze the concept of rule of law, revealing the values and interests contained in the idea that state action in the legal form constitutes a technique that makes it possible to contain the excesses inherent to power. Based on the bibliographic research, it is concluded that the political content of this technique favors the notions of equality, self-government and renunciation of the direct use of force. However, these same values constitute a “second degree neutrality” as an illusion that legitimizes the permanent exception. In this way, the article contributes to the perception of the ambiguous character of the struggle for law.

Key-words: Critical theory; rule of law; state of exception; democracy; struggle for law.

## INTRODUÇÃO

Poucos conceitos parecem adquirir tamanho grau de consenso na sociedade complexa e plural em que vivemos quanto o de Estado de direito. Mesmo as forças políticas que ameaçam a democracia ou que atentam contra a autonomia das instituições públicas afirmam retoricamente seu compromisso com este ideal que foi positivado pelo legislador constituinte como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, *caput*). Como todas as noções que adquirem um elevado nível de adesão social, tal

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Centro Universitário Uninovafapi (UNINOVAFAPI) e do Instituto de Ensino Superior ICEV (ICEV). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0874951812504064>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3213-6263>. E-mail: macellbr@hotmail.com.br.

conceito carrega consigo uma vagueza que permite sua instrumentalização para diferentes fins. Não por acaso, no mundo ocidental, defender o Estado de direito equivale a aderir ao curso do progresso civilizatório, excluindo do debate qualquer interjeição crítica à sua forma.

Sempre que uma ideia profundamente importante para o nosso modo de vida adquire tamanha “naturalidade” pode-se entender que dois fenômenos ocorreram e os objetivos do presente estudo estão ligados exatamente a eles. Em primeiro lugar, para que uma configuração específica do poder seja aceita sem maiores reflexões é preciso que seu caráter histórico tenha se perdido. Isto é, que um instrumento, criado em dado momento para atender a interesses específicos de uma época, pareça indispensável para a regulação das relações sociais como um todo. Em segundo lugar, esta ferramenta conceitual deve parecer neutra às diferentes concepções de mundo, camuflando as oposições entre as classes e o conteúdo inevitável que toda forma carrega consigo.

Considerando o propósito do pensamento crítico de analisar os interesses que estão colocados mesmo nas práticas sociais mais naturalizadas com vistas à construção da emancipação humana, o presente trabalho propõe um resgate do conceito de Estado de direito. Para tanto, inicia por uma análise sobre aspectos históricos do surgimento do capitalismo na Europa que demandaram tanto a necessidade de concentração do poder em um ente capaz de monopolizar a violência quanto a construção de estratégias para limitação do seu excesso inerente.

Em segundo momento, ainda sob o ponto de vista do debate teórico-político da época, são apresentadas as razões pelas quais o Estado passa a ser constituído na “forma do direito”. Conforme ficará claro para o leitor, tais razões não devem ser entendidas como corretas ou erradas em si mesmas, mas como uma construção discursiva que atendia aos interesses e necessidades da burguesia enquanto classe social em ascensão. Esta seção desenvolve ainda a percepção que a juspublicística do período tinha sobre o objeto que estava sendo gestado, demonstrando a importância dada à “força real” e à “opinião pública”. Elementos frequentemente esquecidos no debate contemporâneo sobre o tema, excessivamente preso ao normativismo.

Por fim, o trabalho adentra no aspecto substancial do argumento que consiste em perceber as implicações subjacentes à forma jurídica tal como foi pensada e articulada historicamente. Ao tempo em que a ideologia dominante procura retirar o componente político da técnica, realiza-se aqui o momento inverso no sentido de entender os significados presentes na pactuação de um contrato. Ou, em outras palavras, quais os conteúdos éticos necessários ao esforço de atar o poder através de vínculos formais. O resultado dessa operação não poderia ser mais *ambíguo*, pois as garantias do Estado de direito que favorecem noções importantes como as de igualdade, autogoverno e pacificação são as mesmas que constroem a falsa percepção de abertura aos diferentes interesses sociais, ignorando o caráter estrutural e permanente da exceção.

## **Os interesses materiais no processo de centralização do poder**

Nos marcos da modernidade, o direito passa a ser compreendido fundamental-

mente como atributo do Estado em sua pretensão de monopolizar o exercício legítimo da força<sup>1</sup>. A despeito daqueles que insistem em nossos tempos na defesa de um direito natural, ou mesmo de um pluralismo jurídico, procura-se pensar aqui sobre o direito como categoria teórica e/ou prática social que constitui determinada racionalidade para a violência exercida pelo aparelho burocrático estatal<sup>2</sup>. Por sua vez, para interpretar seu modo de funcionamento, é preciso considerar as suas próprias pretensões normativas. No período da ditadura civil-militar no Brasil, por exemplo, existia uma ordem jurídica vigente, entretanto, os sujeitos que lutavam por uma transformação social não cogitavam utilizar tal ordenamento como estratégia para conquistas políticas efetivas. Desse modo, antes de qualquer leitura de realidade, é preciso compreender os discursos que se propõem a explicar e justificar a forma direito que foi institucionalizada no Brasil a partir da Constituição de 1988.

O artigo primeiro da carta que consolidou este novo modelo de exercício do poder estatal declara constituir um Estado democrático de direito. Esta significativa decisão política dos legisladores constituintes não pode ser naturalizada, como se existisse uma marcha do progresso histórico que todos os povos devessem seguir sob pena de estarem condenados ao atraso civilizatório. A instituição formal de um Estado de direito no Brasil, que passou a orientar o discurso dos diferentes sujeitos políticos, revela um traço mais profundo do nosso modo de produção da normatividade jurídica, qual seja, a tendência à “transculturação”<sup>3</sup> de instituições elaboradas a partir e para os problemas dos países centrais que colonizaram – e, por outras vias, continuam explorando – a América Latina e, em especial, o Brasil. Não sendo um resultado necessário de razões metafísicas, mas fruto de decisões humanas tomadas em contextos históricos específicos, as justificativas que inspiram o funcionamento do nosso sistema jurídico só podem ser compreendidas à luz da tradição política ocidental<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. O projeto da modernidade e o direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 37, n. 147, 2000. p. 265. BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 84.

<sup>2</sup> Sobre o renascimento do direito natural no século XX, ver VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito; os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 310ss. Um viés crítico do pluralismo jurídico pode ser encontrado em WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 186ss.

<sup>3</sup> Utiliza-se essa categoria em uma apropriação da crítica de Vera Andrade à dogmática jurídica. “[A] pesar de ser um produto histórico, o paradigma dogmático é marcado também por um potencial e uma vocação universalista, uma vez que ele se liberta, posteriormente, de sua estrutura histórica originária para ser recebido, certamente por um processo de transculturação, por diversos países da América Latina, incluindo o Brasil, entre outros, em cujo marco permanece também como o modelo normal ou oficial de Ciência Jurídica”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 26)

<sup>4</sup> A pretensão intelectual de estudar o direito em um país colonizado exige atravessar os discursos que constituíram as pretensões normativas de instituições criadas pelos colonizadores, afinal, o Brasil foi engendrado enquanto periferia do sistema capitalista. Não se pode ignorar, portanto, que ele é parte desse todo. Por outro lado, não se procura realizar um trabalho sobre a história do Estado de direito. Consoante a crítica de Luciano Oliveira, não se trata aqui de um “universalismo a-histórico” (o conceito original é de Michel Mialle), mas de entender o modo pelo qual o direito adquiriu determinada forma na contemporaneidade. Cf. OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

Aqui se acrescenta outro problema para este estudo. O conceito de Estado de direito está em permanente disputa. Não existe um consenso teórico ou doutrinário sobre o que ele é ou deva ser. Assim como seu significado possui diferenças importantes nas várias culturas jurídicas em que encontrou assento, de modo que somente por aproximações pode-se equiparar fenômenos com características específicas. Não há um núcleo de sentido, ao mesmo tempo único e *a priori*, que possa ser descoberto para o “Rechtsstaat” alemão, o “État de droit” francês, o “Stato di diritto” italiano, o “Estado de derecho” espanhol, assim como o “Rule of Law” em seus modelos inglês e norte-americano<sup>5</sup>.

A pretensão de objetividade dessa investigação precisa considerar que o Estado e sua forma jurídica não correspondem a objetos físicos passíveis de verificação empírica<sup>6</sup>. Além do mais, os aspectos materiais do fenômeno não esgotam sua realidade. Assim como Deus ou o dinheiro, a existência do Estado de direito está associada a um conjunto complexo de práticas e de relações reais que não desaparecem tão somente porque conclui-se que não se dão à demonstração nem à experiência<sup>7</sup>. A interpretação da forma direito, nesse caso, precisa consentir com um movimento do pensamento entre os âmbitos do *ser* e do *dever-ser*, no qual os fatos concretos associados à prática social estudada se vinculam às suas pretensões normativas<sup>8</sup>. Mais do que definições explicativas, portanto, a teoria opera nesse caso de maneira “nomotética”, selecionando com certa margem de discricionariedade as experiências que serão consideradas como relevantes na construção do modelo<sup>9</sup>.

Por sua vez, essa relativa liberdade de decisão dos aspectos relevantes não pode levar o estudioso a ignorar as condições sociais, econômicas e políticas centrais que tornaram possível a própria emergência do problema que a forma jurídica liberal foi apresentada como apta a resolver. É equivocado, mesmo que por razões de sistematização

---

<sup>5</sup> ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado democrático de direito. *Cad. Esc. Legisl.* Belo Horizonte, v. 7, n. 12, 2004. p. 1308-1309.

<sup>6</sup> Defender algo dessa natureza equivaleria a recair no equívoco “fiscalista” que, conforme explica Ronaldo Macedo Júnior, corresponde à seguinte postura no campo da teoria do direito: “O importante a reter, com respeito à teoria do direito fiscalista, é que ela busca, por um lado, conciliar a interpretação dos conceitos jurídicos fundamentais em função de seus correlatos a fatos brutos ou a termos que possam ser retraduzidos em fatos brutos. Por outro lado, o jurista fiscalista (em especial o empirista) promove um esforço de descartar do âmbito da ciência do direito os termos e os conceitos que não passarem pelo ‘teste da conversão ou da tradução em termos de fatos brutos’. O que não passar pelo teste deve ser banido, por se tratar de ‘metafísica’ ou mera ilusão conceitual. Esse será um dos pontos centrais do programa filosófico tanto do positivismo jurídico em geral como do realismo escandinavo em particular”. (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Tese (livre-docência). Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2012. p. 51-52).

<sup>7</sup> DEMIROVIĆ, Alex. Para que fim e de que forma criticar o Estado? Tradução de Luiz Philippe de Caux. *Revista Direito e Práxis*. [S.l.], v. 5, n. 9, 2014.

<sup>8</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

<sup>9</sup> ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9. Apesar da referência à história ser indispensável, o intérprete não se resume a ela, à medida que “uma coerente interpretação teórica do Estado de Direito deverá se empenhar, mais do que em uma minuciosa documentação histórica e filológica dos fatos particulares e da sua relativa literatura, em uma tentativa de identificar as referências de valor, as modalidades normativas e as formas institucionais que aproximam as diversas experiências que se referiram – ou foram referidas – à noção de Estado de Direito”. (Ibidem)



didática, entender o Estado de direito como o ápice de um processo evolutivo ou, ainda pior, tentar apresentá-lo como derivado de uma suposta lei da natureza<sup>10</sup>. Como ensinam Tigar e Levy, “a mudança jurídica constitui produto do conflito entre as classes sociais que procuram adequar as instituições de controle social aos seus fins e impor e manter um sistema específico de relações sociais”<sup>11</sup>.

Entendido em sua acepção moderna como um ente racional, artificial, com unidades de comandos e de força e com um corpo de funcionários próprios e especializados, o Estado surge diante de um contexto histórico europeu em que as instituições sociais deviam assegurar as condições necessárias para a emergência do capitalismo.<sup>12</sup> A fragmentação da sociedade em feudos não era funcional para os primeiros comerciantes como classe social em ascensão. Um Estado centralizado não apenas amplia o raio das trocas comerciais, quanto permite a criação de normas uniformes e previsíveis que forneçam maior nível de segurança e garantia aos proprietários dos meios de produção para aumento e conservação de suas riquezas. Numa sociedade em rápida transformação, em que começa a declinar os modelos tradicionais de legitimidade, a previsibilidade do poder através de regras jurídicas formais funciona além do mais como uma justificativa para sua aceitação<sup>13</sup>.

Esse contexto permite ao Estado se apresentar como representante da coletividade em oposição à sociedade civil em que os indivíduos perseguem seus interesses particulares. A liberdade de negociação característica de uma ordem social pautada pelo comércio não se coaduna com o fato de que determinados indivíduos gozem de privilégios em virtude do nascimento. O Estado assume o papel de suposto garantidor da condição de igual liberdade de todos os indivíduos, sobretudo em relação aos contratos de produção e trocas de mercadorias. No fim das contas, essa liberdade negativa – tão abstrata quanto a moeda que servia para as transações nascentes – permitia que o aparato coercitivo estatal garantisse a propriedade privada daqueles que podiam detê-la. Os excluídos deste processo de modernização passam a vender sua força de trabalho, agora

---

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 30. É preciso manter uma postura crítica perante a tendência da teoria político-jurídica de matriz liberal em “naturalizar” o Estado de direito. Conforme nos ensina Alex Demirović, apesar de o reconhecerem como uma criação dos homens, “a partir do momento em que os princípios são conhecidos, seria possível compreender o Estado como uma instituição dada pela natureza, que reclama, de dentro para fora, determinadas ações e - caso seja correspondido - segue existindo, como a própria natureza, segundo leis eternas. Já das primeiras fundamentações burguesas modernas vem, portanto, um elemento de transitoriedade para a teoria do Estado”. (DEMIROVIĆ. Op. cit., p. 344).

<sup>11</sup> TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 13. Concordar com a tese da “luta de classes” como chave de leitura para a construção histórica do Estado de direito não significa ignorar a existência de dinâmicas e de processos sociais que estão além da sua lógica.

<sup>12</sup> BUZANELLO. Op. cit., p. 71. Concorda-se com Nelson Saldanha quando associa o Estado como sendo o Estado moderno: “Embora o termo ‘Estado’ seja passível de aplicação muito ampla, designando todo e qualquer tipo de associação política soberana que tenha existido na história, foi na evolução dos povos ditos ocidentais que a experiência do Estado colocou alguns problemas teóricos fundamentais; foi aí também que se deu o surgimento da palavra Estado, revelando a eclosão de um significado que se tornaria muito importante nos séculos modernos. Certos autores (entre os quais de certo modo Hermann Heller) pensam que somente o Estado Moderno corresponde à imagem contida naquilo que se chamou contemporaneamente “Teoria do Estado”. (SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário de teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 110)

<sup>13</sup> STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 23-28. TIGAR; LEVY. Op. cit., p. 272. BUZANELLO. Op. cit., p. 71.

mercantilizada, como única forma que dispunham para sobreviver. Capturados fora pelo progresso que lhes prometia um futuro melhor, eles conquistam um tipo especial de igualdade em que são reduzidos a uma massa uniforme de relações anônimas e impessoais<sup>14</sup>.

A razão contratualista que justifica essa estrutura coercitiva defende que para garantir os direitos dos homens é necessário que cada indivíduo renuncie aos direitos naturais de que gozavam de maneira incerta antes da constituição da sociedade civil, convencionando a formação do Estado soberano: detentor exclusivo do poder de produzir e aplicar o direito que dispõe sobre a vida e a morte dos súditos. O direito racional surge de um pacto que, como condição formal da existência do Estado, funda um poder desvinculado de qualquer base social<sup>15</sup>. Ao tempo em que se afasta das *formas de vida* concretas, a força do direito – justificada na abstração de um contrato pactuado por poucos – pode incidir e incide como nunca sobre elas.

### Uma técnica de controle dos excessos do poder

A burocratização do poder conquistado pelo Estado na modernidade capitalista europeia ainda não corresponde de maneira plena aos interesses da classe social em ascensão. Não apenas porque o poder econômico pode parecer pouco sem o poder político, quanto porque se inicia uma série de problemas em relação à forma de exercício deste poder monopolizado. Até a idade média, não existia uma administração pública capaz de interferir com intensidade na vida social<sup>16</sup>. A segurança jurídica para as trocas comerciais, adquirida através da organização hierárquica dos serviços internos do Estado, vem acompanhada de preocupação, cuidado e domínio do poder central sobre o “corpo social”. Paulo Bonavides destaca que, valendo-se da *salus publica* como pretexto para reforço dos laços de autoridade e consolidação do poder, o Estado de então buscava promover uma concepção de felicidade e de bem-estar social<sup>17</sup>. Como se não bastasse a profunda divisão que a nova condição de produção material e simbólica da vida submetia a todos, o aparato coercitivo recém formulado ameaça, com suas boas ou más vontades, até mesmo a pobre e frágil concepção de liberdade dos modernos.

Apesar de surgir no contexto do desencanto com a organização religiosa do universo, fundamentando pela primeira vez a ordem jurídica na decisão pactuada de sujeitos racionais, o Estado – escrito não por acaso em maiúscula<sup>18</sup> – conserva em si as pretensões de um poder sem limites. No contexto das monarquias absolutistas, essa força se apresentava na apropriação que as autoridades estatais realizavam do próprio Estado

<sup>14</sup> DEMIROVIĆ. Op. cit., p. 345-346. STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 29.

<sup>15</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110. SILVA, Enio Moraes da. O Estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 167, 2005. p. 216.

<sup>16</sup> STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 46-49. SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Revista Seqüência*. [S.l.], n. 55, 2007. p. 256.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008. p. 133-134.

<sup>18</sup> Alexandre Nodari denuncia o que denomina de “espectro das Maiúsculas” que ronda a universidade, incluindo nesse rol desde o discurso sobre a arte (Cânone, Literatura) àquele sobre a metafísica (Absoluto, Universal) e, claro, a forma-Estado. (NODARI, Alexandre. Logos de Estado. *Sopro*. [S.l.], n. 88, 2013. p. 9).

como objeto de sua propriedade, fazendo surgir um poder de *imperium* como direito absoluto. O problema central passa a ser então definir *como* estabelecer controle ao poder, tendo em vista que a ideia que os homens devem ser governados aparece como uma “necessidade”<sup>19</sup>.

A primeira resposta para esta questão – que tem em John Locke seu máximo representante na modernidade – consiste em apoiar o limite ao poder mundano do Estado na teoria dos direitos naturais. De acordo com as diversas facetas do jusnaturalismo, o direito não pode ser estabelecido de acordo com a livre vontade dos detentores do poder, pois existem determinados direitos que todos os indivíduos possuem por sua própria natureza, de modo que –enquanto guardiões e não criadores do direito positivo – os governantes “devem descobrir esses princípios diretores de justiça na natureza do mundo, assim como descobrem as leis biológicas ou astronômicas, sem poder modificá-las”<sup>20</sup>.

Além do grave defeito de se apoiar em um limite “externo”, na medida em que não estabelecem mecanismos para assegurar a liberdade negativa dos indivíduos diante da decisão estatal, estas teorias recaem no velho problema da cognoscibilidade dos direitos naturais. Não existe uma razão humana universal que identifique determinados direitos imutáveis independentes do tempo e do espaço. Essa possibilidade se torna ainda mais remota nas sociedades contemporâneas em que, diante do colapso das fundamentações tradicionais, emerge uma pluralidade cada vez maior de valores e de expectativas disputando posituação no aparato burocrático do Estado. Desse modo, por mais que um filósofo, um ativista dos direitos humanos ou uma multinacional estejam convictos de que determinados indivíduos ou grupos possuam um direito, somente através da *força* este poderá ser garantido em face da decisão estatal.

A segunda resposta – com forte influência de Jean-Jacques Rousseau – defende que o melhor modo de limitar o poder é garantir a participação de todos os cidadãos na formação de sua vontade. Para a vertente democrática, o remédio contra o abuso do poder se dá através da mudança incondicional de seu titular<sup>21</sup>. De fato, na consciência crítica dos reformadores setecentistas, a soberania, a lei e os direitos eram vistos como harmônicos. Para os homens da revolução, o poder tutela os direitos através da lei, traduzindo sua vontade racional nos direitos “naturalmente” pertencentes a todos os sujeitos. A imagem do corpo-social não poderia ser mais elucidativa nesse sentido:

Em relação à soberania o otimismo setecentista encontra na “filosofia” da revolução não só uma confirmação, mas uma caixa de ressonância: o consueto

---

<sup>19</sup> PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Observações sobre as possibilidades de redefinição da categoria sujeito do direito. *Revista Sequência*. Florianópolis, v. 42, 2001. p. 54. STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 45. BONAVIDES. Op. cit., p. 135. BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4 ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 15-16. “O problema fundamental que preocupa os ‘constitucionalistas’ é o seguinte: se o príncipe tem um poder absoluto, pode abusar dele. Como se pode impedir o abuso do poder? Não se pode impedir, senão de um modo: *limitando-o*. Trata-se então de descobrir as várias formas para impedir o abuso do poder: as teorias políticas modernas estão todas voltadas para a busca de uma solução com relação a este problema”. (Ibidem, p. 15)

<sup>20</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 75.

<sup>21</sup> BOBBIO. Op. cit., p. 16.

círculo vicioso entre soberania, lei e liberdade é fortalecido pela nova imagem do titular da soberania, que remete não mais ao monarca (mesmo sendo iluminado), mas à nação, ao ente coletivo, ao “corpo”. Eixo principal da relação entre soberania e indivíduo torna-se então (por força das coisas, para além de “filológicas” filiações) o *páthos* “corporatista” do rousseauniano *Contrato social*: sendo o soberano o eu comum, o corpo coletivo, coincidindo os muitos com um único, a relação do sujeito com o soberano é regida pela convicção de que o “corpo não pode causar dano a seus membros”<sup>22</sup>.

Como se pode perceber, prevalece um otimismo em relação à soberania popular, compartilhada na convicção de que – enquanto expressão da Nação dos iguais – o soberano agirá necessariamente pelo “bem” do corpo político, seu próprio corpo. Pietro Costa ressalta que alguns revolucionários até levaram em consideração a possibilidade de degeneração “tirânica” das instituições. Entretanto, depositaram na *Declaração de Direitos*, posta no nível mais alto da legislação ordinária, “o melhor baluarte contra as leis injustas que os representantes da nação possam eventualmente proclamar”<sup>23</sup>. Independente das divergências historiográficas sobre os acontecimentos deste momento político, o fato é que o “terror jacobino” representa um ponto de virada na confiança depositada na democracia como forma de limitação do poder do Estado. No contexto da revolução ameaçada, a relação entre a soberania, a lei e os direitos podem ser vistos sob a luz de suas próprias sombras<sup>24</sup>.

Diante da situação de urgência que se coloca na luta pela salvação da revolução, o governo precisa estar pronto para golpear livre dos impedimentos, das lentidões e das abstrações das regras. Segundo os teóricos da revolução, em determinados momentos não é a lei que conta, mas a excepcionalidade exigida pela própria situação: “é o ‘estado de exceção’ o princípio que impõe a defesa terrorista da liberdade republicana: é a ‘necessidade’, é ‘a mais santa de todas as leis, a salvação do povo’ que legitima o governo revolucionário”<sup>25</sup>. A violência deste período dissemina socialmente a percepção da periculosidade do poder, servindo para que intelectuais europeus – chamados posteriormente de liberais – fundem uma *estratégia da suspeita* em relação à democracia moderna. Para eles, a proteção contra a tirania da maioria exige restringir a possibilidade de definição soberana dos direitos, sobretudo, dos direitos de liberdade e de propriedade<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 104-105.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>24</sup> COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 93. Esses acontecimentos guardam coincidência com aspectos presentes na teoria de Jean-Jacques Rousseau: “A República, na formulação de Rousseau, deve receber, por parte do indivíduo, uma submissão total. Este não possui direitos naturais inalienáveis que possa evocar para coibir os excessos do poder político e, consequentemente, da lei por ele produzida, na medida em que inquestionável é justamente a soberania do povo – apenas um outro termo para designar a vontade geral – como entidade distinta do cidadão, que encarna o único sujeito, o Outro absoluto, autorizado para dizer a lei”. (PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 289-290).

<sup>25</sup> COSTA. Op. cit., 2006, p. 106. Esta citação colaciona trechos de Robespierre.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 106; 117-119.

Os riscos de excesso do poder ou, em alguns casos, o fato da burguesia não deter o pleno domínio do aparato coercitivo fortalecem o entendimento de que o controle do Estado deve ser interno, incidindo sobre a sua própria *forma* de exercício. A terceira resposta – com raízes na filosofia de Immanuel Kant – entende que, mais importante do que estabelecer o conteúdo das normas jurídicas que se aplica a todos, o Estado deve se ater a determinado modo de exercício do poder político. Em referência explícita ao filósofo de Königsberg e seus discípulos, a primeira utilização do sintagma “*Rechst-Staats*” aponta entretimentos para os fundamentos da doutrina do nexu originário entre o Estado e o direito: um *Estado que se constitui na forma do direito*<sup>27</sup>.

Preocupado com a exigência iluminista de que o homem faça uso do seu próprio entendimento, Kant defende que o Estado não deve interferir na ventura humana para realização de sua concepção de “bem”. Enquanto instituição racionalmente necessária, o Estado é tanto mais perfeito quanto mais garante o direito, entendido como a soma das condições que permitem que os cidadãos possam unir suas escolhas de acordo com uma lei universal de liberdade. Um aspecto fundamental desta definição reside na compreensão de que a legalidade jurídica prescreve tão somente a *forma* através dos quais os indivíduos possam definir os conteúdos dos seus direitos, presumindo a liberdade e a igualdade da própria relação entre eles. O Estado e seu direito devem permitir que todos possam, segundo suas próprias capacidades e talentos, perseguir os fins que livremente se propõem. Desse modo, o Estado de direito – sem o uso dessa expressão no vocabulário kantiano – designa uma ordem essencialmente “neutra”<sup>28</sup> que, consoante à filosofia individualista do autor, visa assegurar, *ao menos formalmente*, o exercício da liberdade<sup>29</sup>.

Nas palavras de Norberto Bobbio:

[A]tribuir caráter formal ao direito significa dizer que o direito prescreve não tanto *o que se deve fazer*, mas *como se deve fazer*. O que eu devo fazer para regular os meus interesses é indicado pela economia; o direito, com todas as suas prescrições, limita-se a me dizer como devo agir para alcançar, juntamente com os outros ou em concorrência com os outros, os meus fins; ou seja, limita-se a

<sup>27</sup> BOBBIO. Op. cit., p. 15; 69-70. ROSENFELD, Michel. Rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*. v. 74, 2001. p. 17. COSTA. Op. cit., p. 116-117. De acordo com Enio da Silva, pode-se classificar doutrinariamente o Estado de Direito de três formas: a) em sentido forte-existência de mecanismos constitucionais de controle do poder público de modo a evitar os seus excessos e a garantir as liberdades públicas fundamentais; b) em sentido fraco- Estado não despótico (dirigido não por homens, mas pelas leis); c) em sentido fraquíssimo- conforme Kelsen, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de Direito (SILVA. Op. cit., p. 219)

<sup>28</sup> Caso entenda-se neutralidade como ausência de valores, deve ficar claro que, em uma das principais versões da fórmula “*Rechtsstaat*” na Alemanha da primeira metade do século XIX, a ideia de Estado de direito está profundamente relacionada com a do povo alemão. Pietro Costa ensina sobre a significativa obra de Friedrich Julius Stahl: “Qualificar o Estado como Estado de Direito não significa ver nele uma realidade eticamente indiferente (de resto já excluído pelo vínculo histórico-espiritual que ele mantém com o povo)”. (COSTA. Op. cit., 2006, p. 122)

<sup>29</sup> KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: “O que é iluminismo?”*. Tradução de Artur Morão. Lusofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura. [ca. 2000] Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_o\\_iluminismo\\_1784.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf). Acesso em 21 mar. 2011. BONAVIDES. Op. cit., p. 139. BOBBIO. Op. cit., p. 132-133; 69. HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução de Christian Viktor Hamm, e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 251ss. KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 46.



fazer de uma maneira que, independentemente do objeto de meu desejo, o meu arbítrio possa estar de acordo com o arbítrio de todos os outros<sup>30</sup>.

Não restam dúvidas, nesse sentido, que no momento em que a burguesia necessitou assegurar seus direitos individuais do aparato coercitivo centralizado que atendia aos seus interesses comerciais, a noção de forma jurídica tenha parecido bastante funcional. Atar o exercício do poder estatal às formas do direito aparece como uma resposta interna relativamente eficaz para o problema do controle do poder, que ameaça constantemente recair nos conhecidos riscos de excesso, violando os direitos individuais da classe social em ascensão<sup>31</sup>. Entretanto, por mais que a ênfase kantiana incidisse na crítica ao eudemonismo estatal, o Estado nunca esteve concretamente impedido de perseguir os mais variados fins e, nesse sentido, como demonstra Michel Foucault, de incidir com toda sua tecnologia de poder sobre os desígnios da espécie humana. O Estado de direito vem significar, nesse caso, o Estado que age na forma do direito, com o objetivo de limitar através da lei as linhas de sua atividade e as esferas de liberdade do cidadão. A legalidade é a veste jurídica que, através da hierarquia interna de suas regras, recobre as mais variadas ações do Estado<sup>32</sup>.

Acreditando que o fim do aparato estatal representaria a anarquia – entendida como a dissolução da sociedade – a juspublicística alemã do século XIX desenvolve a teoria da autolimitação do Estado através do direito, criando um vínculo capaz de proteger as liberdades. O Estado não apenas estabelece relações jurídicas com os sujeitos, como ele próprio é uma pessoa jurídica (titular de direitos e obrigações) que deve respeitar o direito objetivo e os direitos subjetivos das outras pessoas. A submissão do Estado ao direito desponta como o momento em que o poder – essencialmente arbitrário – encontra nas formas jurídicas um mecanismo de controle do seu aspecto imponderável, possibilitando, mesmo que de maneira mínima e independente do titular da soberania, a garantia dos direitos individuais. *O direito, reduzido à forma da lei, aparece como uma técnica que possibilita a contenção dos excessos inerentes a um poder coercitivo necessário para a coesão social*<sup>33</sup>.

Chama atenção que os operadores desta técnica em nosso tempo tenham aparentemente esquecido dos limites inerentes ao seu funcionamento. Dois pontos são especialmente importantes para o presente estudo:

a) era bastante claro para os primeiros teóricos do *Rechtsstaat* a importância da *força real* que está por trás da lei, de modo que o povo deveria reconhecer a importância da existência e do respeito ao direito. A convivência tranquila entre Estado e direito é própria dos momentos de normalidade. Em situações “patológicas” – e o vocabulário

<sup>30</sup> BOBBIO. Op. cit., p. 70.

<sup>31</sup> “É historicamente recorrente a existência de submeter o poder a normas que o limitem e disciplinem seu exercício. Trata-se de uma exigência antiga, que foi traduzida de formas diferentes e dificilmente confrontáveis, correspondentes aos variados modos pelos quais o poder foi organizado e teorizado nos diferentes contextos históricos”. (COSTA. Op. cit., 2010, p. 93)

<sup>32</sup> COSTA. Op. cit., 2006, p. 122. STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 86. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 204.

<sup>33</sup> COSTA. Op. cit., 2006, p. 132-136; 150-151.



biológico nunca pode ser desprezado – o respeito aos vínculos formais deve dar lugar à absoluta excedência do poder soberano para a salvação do povo<sup>34</sup>;

b) o limite posto ao Estado através do direito sempre foi visto como insuficiente em si mesmo, exigindo uma válvula de fechamento para o sistema que, no liberalismo oitocentista, é constituído pela *opinião pública*. Desse modo, *nomos* e *doxa* possuem um vínculo mais íntimo do que a crença liberal nas instituições formais deixa transparecer<sup>35</sup>.

### **A ausência de neutralidade da técnica e o risco de exceção permanente**

A forma jurídica liberal só pode ser compreendida adequadamente quando situada no quadro mais amplo dos valores e interesses do qual faz parte. Ela é fruto de uma filosofia individualista<sup>36</sup> que nutre, a um só tempo, um *pessimismo potestativo*, alertando para o perigo do poder de se expandir, prevaricar e agir de maneira arbitrária, e um *otimismo normativo*, que enxerga na racionalização do poder através do direito um instrumento capaz de conter seus perigos. Em outras palavras, ao ordenamento jurídico – e não a outros sistemas da sociedade – é designada a função de “garantir” os direitos individuais, reduzindo os riscos de um estado de exceção. O direito que atua sempre como técnica de controle social e expressão dos comandos dos mais fortes adquire, em sua forma liberal, o papel de ritualizar o poder, limitando sua incidência sobre as formas de vida dos cidadãos<sup>37</sup>.

Desse modo, se o caráter formal do direito deste Estado liberal não permite constituir um Estado de justiça, tampouco podemos entender que essa forma seja neutra. As instituições e procedimentos formais que delimitam a ação do poder perseguem o objetivo de tutelar os direitos subjetivos. Para tanto, a forma jurídica liberal atua através de princípios de difusão e de diferenciação do poder.

Os primeiros (difusão do poder) operam atribuindo faculdades e poderes aos sujeitos de direito, que podem ser exercidos contra os próprios órgãos do governo. Ao invés de “súditos”, o Estado de direito possui cidadãos que se valem de determinados institutos normativos para fazer valer seus direitos: *unicidade e individualidade do sujeito jurídico* (todos possuem igual capacidade de titularizar direitos e produzir consequências jurídicas), *certeza do direito* (todos possuem meios cognitivos para prever as decisões que serão tomadas pelo Estado em relação a elas) e *reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos* (todos possuem instrumentos legais para exigir que o Estado reconheça a existência de direitos civis)<sup>38</sup>.

Os princípios de diferenciação do poder, por sua vez, visam garantir, externamen-

<sup>34</sup> COSTA. Op. cit., 2006, p. 134-135. Pietro Costa ressalta, nesse momento, a importância decisiva de Rudolf Jhering.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 93; 118; 120.

<sup>36</sup> ZOLO. Op. cit., p. 33-34. Norberto Bobbio explica que houve uma “inversão” na relação entre Estado e cidadãos: da prioridade dos deveres dos súditos em relação à autoridade política e religiosa passa-se, na formação do Estado moderno europeu, à prioridade dos direitos do cidadão e dever da autoridade pública de reconhecê-los, tutelá-los e promovê-los. (BOBBIO. Op. cit., p. 32)

<sup>37</sup> ZOLO. Op. cit., p. 34-35; 11; 36. BUZANELLO. Op. cit., p. 75.

<sup>38</sup> ZOLO. Op. cit., p. 49-50; 36-43.

te, a autonomia do sistema político-jurídico em relação aos sistemas ético-religioso e ao econômico e, internamente, a distinção formal entre o âmbito da conquista do poder político e o âmbito da atividade de emanar decisões vinculantes por meio de procedimentos burocráticos. Apesar de soberano, o exercício do poder pelo Estado se submete a um processo complexo, materializado nas seguintes modalidades institucionais: *delimitação do âmbito de exercício do poder e de aplicação do direito* (afastados da economia e da religião, a política e o direito não podem interferir na “esfera privada” dos cidadãos), *separação entre instituições legislativas e administrativas* (os parlamentos emanam as normas prévias, gerais e abstratas que serão aplicadas pelo judiciário e pelo executivo), *primado do poder legislativo e princípio de legalidade* (todo ato administrativo deve ser conforme a uma norma geral precedente), *subordinação do próprio legislativo aos direitos subjetivos definidos na Constituição* (mesmo o poder legislativo está limitado aos direitos subjetivos estabelecidos no pacto constituinte) e *autonomia do poder judiciário* (submetida apenas à lei, a magistratura atua de maneira neutra aos interesses político-sociais em conflito)<sup>39</sup>.

Todos esses institutos decorrem ou, no mínimo, necessitam da ideia de um aparato coercitivo centralizado que age na forma do direito, onde se origina a máxima segundo a qual o Estado de direito é o governo das leis e não dos homens. Na verdade, não se trata que as leis governem os homens, pois a legalidade jurídica é vista na modernidade como criação humana, mas que o exercício do governo pelos homens deve se dar através das leis. O caráter prévio, geral e abstrato dessas normas traduz um profundo sentido político para essa técnica, tendo em vista que os intrincados mecanismos de vínculos e contrapesos dos procedimentos legislativos oferecem garantias mínimas de proteção da liberdade individual<sup>40</sup>. Dessa forma, os doutrinadores que associam o Estado de direito com a existência de determinados direitos naturais estão certos na exata medida em que se equivocam<sup>41</sup>. A forma jurídica liberal não estabelece a existência necessária de direitos anteriores às decisões humanas. Não existem conteúdos jurídicos necessários. É a forma do direito ou, melhor, o direito reduzido à sua forma, que carrega consigo a realização de determinados conteúdos. Nesse sentido, a lógica do contrato social, inerente ao pensamento liberal, revela um mais de sentido essencial para nossa discussão.

Sabe-se, por um lado, que o Estado de direito não é o Estado do “bom” direito. Na assinatura de um contrato não há qualquer garantia antecipada quando ao seu conteúdo (se ou quais os direitos fundamentais estarão assegurados) e nem mesmo sobre aqueles que o assinam (se o Estado será governado por tiranos, tecnocratas, democracias

---

<sup>39</sup> ZOLO. Op. cit., p. 43-47. Outras propostas de sistematização das técnicas do Estado de direito podem ser lidas em ROSENFELD. Op. cit., p. 1.307; e RAZ, Joseph. *The Rule of Law and its Virtue*. *Oxford Scholarship Online*, 2012. p. 214ss.

<sup>40</sup> NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 421. NEUMANN, Franz. A mudança na função do direito na sociedade moderna. In: NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 51-52; 56.

<sup>41</sup> A associação entre Estado de direito e direito natural pode ser encontrada, à guisa de exemplo, em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *As origens do Estado de Direito*. *R. Dir. Adm.* Rio de Janeiro, 1987. p. 11.

majoritárias, ou de qualquer outro modo)<sup>42</sup>. Tudo que se pode afirmar é que, ao aceitarem formalizar sua manifestação de vontade, substituindo o exercício direto da força pelo contrato, permite-se maior grau de segurança jurídica (previsibilidade e calculabilidade) àqueles que deverão cumprir, ou mesmo que eventualmente pretendam desobedecer, os preceitos pactuados. A forma jurídica *favorece* a noção de autogoverno dos homens, enquanto decisão pactuada sobre os interditos da convivência pacífica entre eles. Entretanto, ela promete apenas a oposição a um governo em que o poder coercitivo atua sem mediações sobre os corpos dos indivíduos.

Por outro lado, o Estado de direito não garante e nem sequer visa uma concepção de igualdade substancial entre os indivíduos<sup>43</sup>. Ao tempo em que só faz sentido assinar um contrato entre partes que estão em posições diferentes, a possibilidade de que elas firmem um acordo de vontades pressupõe uma igual capacidade jurídica. Um contrato não pode ser assinado entre um senhor e um escravo, por exemplo, pois a diferença radical de status social entre eles determina que o primeiro não tenha que renunciar a quaisquer interesses para compor um sentido em comum com o segundo. Pressupondo uma noção individualista de sujeito que está simultaneamente separado e vinculado à sua comunidade política, o direito liberal implica uma noção mínima de igualdade que se revela na necessidade de aplicação dos seus enunciados a todos os cidadãos (generalidade).

Além do mais, um contrato implica em estabelecer uma particular relação com o tempo. A necessidade de renúncia momentânea ao uso direto da força na busca por seus interesses implica que os contratantes fixem no presente um acordo (abstrato) dirigido ao futuro e, portanto, que no momento da sua aplicação, enunciados escritos no passado devam produzir efeitos diante de um caso concreto que jamais estava totalmente previsto. É de fundamental importância perceber que, independentemente da “aplicação” ou não do contrato, a sua simples instauração produz efeitos imediatos perante os contratantes, seja materialmente, no mínimo, em virtude da renúncia ao uso da força, seja simbolicamente, no mínimo, pela expectativa criada de que os termos do pacto venham a ser cumpridos.

Esses efeitos podem ser – e provavelmente serão – modificados no momento da sua “aplicação”. Entretanto, essa eventual situação apenas prolonga, em outro patamar, a nova relação com o tempo formada a partir da instauração do contrato. O caráter formal do direito, desvinculado de qualquer conteúdo prévio, determina que nenhum resultado da decisão estatal seja definitivo. Os indivíduos ou grupos “perdedores” *sempre* possuem razões para acreditar na possibilidade de uma posterior revisão do contrato que contemple seus interesses. O resultado prático – como concordam Tigar e Levy em outro raciocínio<sup>44</sup> – é que as facções hostis serão constrangidas pelo Estado de direito a conter sua rivalidade e chamadas a interpretar as regras e as leis a fim de determinar o seu sentido. A disputa sai das ruas e ingressa nas instâncias normativas estatais. O direito liberal busca constituir e assegurar uma forma de solução “pacífica” dos nossos conflitos.

---

<sup>42</sup> RAZ. Op. cit., p. 211; 214.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 215-216.

<sup>44</sup> TIGAR; LEVY. Op. cit., p. 274

Essas três promessas decorrem do caráter formal do direito liberal. São conteúdos inerentes a um Estado que age na forma da lei. Mas, não dizem respeito apenas ao modo de exercício do poder. Como sempre acontece na história das ideias jurídicas, o direito articula também determinado discurso de legitimação. No caso, o pressuposto básico consiste em apontar que, por vivermos em sociedades complexas e heterogêneas, o Estado de direito é *indispensável* para alcançarmos a necessária coesão social com o mínimo de opressão. Nesse caso, o contrato social não significa e nem quer significar o fim da violência. Pelo contrário, ele permite justificar o uso da força mediante o consenso dos próprios governados, de modo que os sujeitados ao poder são convocados a temer e a aclamar ordens que, segundo dizem, foram os sujeitos responsáveis por sua constituição<sup>45</sup>.

Entendendo com Freud que uma ilusão não é simplesmente um erro, mas uma crença que deriva dos desejos humanos, pode-se concluir que o Estado de direito, ao mesmo tempo, funda e se alimenta da ilusão de que serve igualmente para todos.<sup>46</sup> Ele não é neutro, pois, como dito, sua forma carrega consigo determinados conteúdos. Contudo, ele se apresenta socialmente como portador de uma espécie de “neutralidade de segundo grau”<sup>47</sup>, à medida que esses conteúdos transmitem a ideia de que as diferentes forças políticas podem enxergar nele um *instrumento* de luta por direitos. Desse modo, as recorrentes manifestações de excesso do poder soberano *parecem* à esfera pública acontecimentos excepcionais que, ao invés de provocarem um questionamento radical sobre a função do direito, confirmam a necessidade de reforço da regra. Assim como o liberalismo econômico entende que os problemas de nossas sociedades capitalistas serão resolvidos progressivamente através do desenvolvimento do próprio capitalismo, o Estado de direito se afirma como um projeto que ainda não “chegou lá”.

A forma direito se apresenta com a função de assegurar a existência de uma força comum em que cada indivíduo tem liberdade para escolher sua própria forma de vida, não em virtude de um direito natural e nem mesmo através do exercício democrático do poder, mas por uma razão acima de tudo formal, eminentemente técnica. Não por acaso, Kelsen chega a dizer que “[m]esmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana”<sup>48</sup>. Contudo, apesar das suas boas intenções, a institucionalização dessa forma direito contribui, em si mesma, para a constituição de uma forma de vida. Trata-se, no caso, de uma sociabilidade pautada pela ilusão de que mediante o apelo à técnica – e, portanto, para além da ética e de toda a discussão sobre a subjetividade humana – é possível fundar um limite para os excessos recorrentes do poder.

<sup>45</sup> ROSENFELD. Op. cit., p. 1310-1312.

<sup>46</sup> FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

<sup>47</sup> Esta expressão é uma adaptação para outros fins do termo cunhado originalmente por ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003. p. 65.

<sup>48</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 48.

## Considerações finais

O estudo procurou ir além do “universalismo ahistórico” com o qual o tema do Estado de direito costuma ser entendido no senso comum dos juristas. Ao invés de naturalizar a forma jurídica enquanto “conquista civilizatória” ou “evolução conceitual”, procurou-se apontar os interesses materiais que levaram à sua formulação. Nesse sentido, foi possível perceber que se o aparecimento de um ente capaz de reivindicar o monopólio da força atendia diretamente às demandas do capitalismo nascente, fez-se igualmente necessário garantir as liberdades individuais, especialmente da burguesia enquanto classe social em ascensão. O debate teórico da época se move, portanto, no sentido de definir como estabelecer limites ao excesso de poder do Estado.

Ante o fracasso óbvio de uma doutrina que apela para um direito natural a ser respeitado pelo soberano e a instrumentalização discursiva dos abusos cometidos durante o período que ficou conhecido como “terror jacobino”, o discurso liberal adota uma estratégia de suspeita em relação ao poder, ainda que democrático. A ideia dominante passa a ser que o controle deve ser *interno*, incidindo sobre a sua forma de exercício. Surge, nesse sentido, a ideia de um Estado que se constitui na “forma do direito”, possibilitando que o conteúdo do direito seja definido pelos indivíduos em sua condição presumida de igualdade e liberdade.

Tal retórica jamais impediu que a violência do Estado incidisse com toda força sobre as vidas das pessoas, especialmente daquelas que precisavam ser incluídas – ainda que sob a forma da exclusão – na lógica de produção e consumo. Em todo caso, a criação de vínculos formais para os atos estatais constituiu uma técnica bastante arguta para limitação do aspecto imponderável do poder. Isso não significava que os teóricos do *Rechtsstaat* romantizassem as propriedades normativas do Estado de direito, ao contrário do que parece acontecer com doutrinas constitucionalistas bastante influentes em nossos dias. Restava bastante claro que a força real poderia a qualquer momento suspender as garantias jurídicas. Para reforçar o controle do poder, fazia-se necessário uma “válvula de fechamento do sistema”: a opinião pública. Não deveria chamar atenção que uma das principais estratégias do que vem sendo chamado atualmente de *lawfare* seja exatamente a manipulação da “doxa”, instaurando espaços de exceção dentro de uma aparência de normalidade democrática.

Por fim, o trabalho adentrou no conteúdo político desta técnica, refletindo sobre os aspectos éticos envolvidos na ritualização do poder do Estado através da forma jurídica. Foi possível argumentar nesse ponto que o caráter prévio, geral e abstrato de um acordo pactuado entre os sujeitos limita em determinado sentido a violência estatal ao fornecer garantias mínimas de proteção da liberdade individual. Não se deve ignorar que se trata de uma concepção de liberdade essencialmente burguesa, mas, ainda assim, alguns aspectos parecem transcender os interesses de classe, tais como: (a) o favorecimento à noção de autogoverno, (b) a reivindicação de criação e aplicação igualitária do direito a todos os sujeitos da ordem jurídica e (c) a suspensão do uso direto da força em nome da criação “pacífica” de acordos entre diferentes.



A *ambiguidade* desta conclusão reside no fato de que os mesmos atributos que conferem à forma jurídica um caráter emancipatório dificultam a percepção de seu falseamento na realidade concreta. O Estado de direito constitui assim uma *ilusão*, não na acepção simplória de que seria uma mera mentira, mas, pelo contrário, no sentido de que funda e alimenta nossas justas aspirações de que a técnica jurídica sirva igualmente para todos. Ainda que não haja nada de neutro nesse valor, vigora uma “neutralidade de segundo grau”: a crença de que todas as forças políticas, mesmo aquelas que são momentaneamente minoritárias, possam usar da forma direito na luta pela concretização dos seus interesses, aspirações e ideais.

Esse caráter ambíguo impede uma conclusão definitiva sobre *se, quando e em que medida* vale ou não lutar pelo direito. Ainda que as convicções deste autor indiquem uma resposta afirmativa, cada classe, movimento, grupo, indivíduo etc. terá que definir sua posição diante desse dilema. De toda forma, é possível afirmar que nenhuma técnica é suficiente no controle dos excessos recorrentes do poder. Seja porque esses vínculos não podem encobrir uma arbitrariedade real, seja ainda mais especialmente porque a exceção pode ser e frequentemente é desejada. Nesse sentido, a superação da violência contra os corpos excluídos passa não apenas pela “forma direito”, mas pelo pensamento sobre uma questão ética que durante muito tempo foi conhecida como a criação de uma “forma de vida”.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4 ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



DEMIROVIĆ, Alex. Para que fim e de que forma criticar o Estado? Tradução de Luiz Philipe de Caux. *Revista Direito e Práxis*, vol. 5, n. 9, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do Estado de Direito. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 1987.

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

FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: "O que é iluminismo?"*. Tradução de Artur Morão. Lusofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura. [ca. 2000] Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_o\\_iluminismo\\_1784.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf). Acesso em: 21 mar. 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Tese (livre-docência). Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2012.

NEUMANN, Franz. A mudança na função do direito na sociedade moderna. In: NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NODARI, Alexandre. Logos de Estado. *Sopro*, n. 88, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Observações sobre as possibilidades de redefinição da categoria sujeito do direito. *Revista Seqüência*. Florianópolis, v. 42, 2001.

RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue. *Oxford Scholarship Online*, 2012.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado democrático de direito. *Cad. Esc. Legisl.*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, 2004.

ROSENFELD, Michel. Rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, vol. 74, 2001.

SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário de teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Revista Seqüência*, n. 55, 2007.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 167, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O projeto da modernidade e o direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 147, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito; os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Data de Recebimento: 07/02/2022.

Data de Aprovação: 20/04/2022.

## FRATERNIDADE E SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: OS DISCURSOS DOS MINISTROS DE SAÚDE

## FRATERNITY AND PUBLIC HEALTH IN BRAZIL: THE SPEECHES OF THE MINISTERS OF HEALTH

Gabrielle Scola Dutra\*  
Charlise Paula Colet Gimenez\*\*  
Sandra Regina Martini\*\*\*

### RESUMO

O presente estudo tem como temática a saúde pública e fraternidade. A pesquisa é desenvolvida pelo método indutivo e instruída por uma análise bibliográfica e discursiva. Adota-se a análise de dados, por meio do espaço temporal que compreende os anos de 1990 a 2022, período de governo democrático no Brasil. O objetivo geral é apresentar a fraternidade como mecanismo de efetivação do direito à saúde como um bem comum da humanidade. Os objetivos específicos são: - avaliar o Sistema Único de Saúde (SUS) e os limites e possibilidades à efetivação do direito à saúde no Brasil; - analisar os discursos de Ministros da Saúde no período mencionado. A problemática busca compreender se a fraternidade foi incorporada nos discursos políticos em benefício da pauta da saúde. Sobretudo, verifica-se que a fraternidade é percebida nos discursos que orientam uma narrativa democrática em prol da saúde pública.

Palavras-chave: Democracia; Direito à saúde; Fraternidade; Sistema Único de Saúde.

### ABSTRACT

The present study has as its theme public health and fraternity. The research is developed by the inductive method and guided by a bibliographic and discursive analysis. Data analysis is adopted, through the time span covering the

\* Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo. Especialista em Filosofia na Contemporaneidade (URI). Especialista em Direito Penal e Processual Prático Contemporâneo (UNISC). Docente no Curso de Direito da UNIJUÍ. Membro do grupo de pesquisa: "Biopolítica e Direitos Humanos" cadastrado no CNPQ e vinculado ao PPGDH-UNIJUÍ. E-mail: [gabriellescoladutra@gmail.com](mailto:gabriellescoladutra@gmail.com).

\*\* Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNIJUÍ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, todos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. E-mail: [charcoletgimenez@gmail.com](mailto:charcoletgimenez@gmail.com).

\*\*\* Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983), mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), doutorado em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce (2001), Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e Pós-doutorado em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010), Coordenadora do Mestrado em Direitos Humanos e professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter), professora-visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD). Membro da Rede Ibero-americana de Direito Sanitário. E-mail: [srmartini@terra.com.br](mailto:srmartini@terra.com.br).

---

years 1990 to 2022, period of democratic government in Brazil. The general objective is to present fraternity as a mechanism for the realization of the right to health as a common good of humanity. The specific objectives are: - to evaluate the Unified Health System (SUS) and the limits and possibilities for the realization of the right to health in Brazil; - analyze the speeches of Ministers of Health in the period mentioned. The issue seeks to understand whether fraternity was incorporated into political discourses for the benefit of the health agenda. It appears that fraternity is perceived in the discourses that guide a democratic narrative in favor of public health.

Key-words: Democracy; Right to health; Fraternity; Health Unic System.

## INTRODUÇÃO

O direito humano à saúde é perfectibilizado no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que define que todo o ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. A Organização Mundial da Saúde (OMS) estabeleceu que a saúde é o mais perfeito estado de bem-estar físico, mental e social que uma pessoa pode contemplar. Logo, o direito à saúde está intimamente atrelado ao direito à vida na dignidade humana, por isso aborda-se, nessa pesquisa, a saúde coletiva.<sup>2</sup>

No Brasil, a Constituição Federal estabelece no artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. A Lei nº 8.080 do ano de 1990 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), um dos maiores sistemas de saúde públicos do mundo. O SUS fomenta a democratização do acesso à saúde e se pauta nos seguintes princípios: universalidade, integralidade e equidade<sup>3</sup>. Não obstante toda a existência de tal arsenal sanitário, se reconhecem déficits estruturais de gestão do SUS que se acentuam de acordo com a condução governamental. Desde a criação do SUS, observam-se avanços e retrocessos no que se refere à efetivação do direito à saúde. Percebe-se que a destinação adequada de recursos públicos à saúde que sane as complexas demandas existentes é urgente.

O Ministério da Saúde (MS) tem a função de oferecer condições para que o direito à saúde seja efetivado. Num primeiro momento, a pesquisa analisa o SUS e os limites e

---

<sup>2</sup> Nas palavras de Castiel, “A expressão ‘Saúde Pública’ pode dar margem a muitas discussões quanto a sua definição, campo de aplicação e eventual correspondência com noções veiculadas, muitas vezes, de modo equivalente, tais como ‘Saúde Coletiva’, ‘Medicina Social/Preventiva/Comunitária’, ‘Higienismo’, ‘Sanitarismo’. Em geral, a conotação veiculada pela instância da ‘Saúde Pública’ costuma se referir a formas de agenciamento político/governamental (programas, serviços, instituições) no sentido de dirigir intervenções voltadas às denominadas ‘necessidades sociais de saúde’”. CASTIEL, Luis David. O que é Saúde Pública? In: Biblioteca de Saúde Pública. Rio de Janeiro, [2021?]. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/bibsp/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=107>. Acesso em 8 ago. 2021.

<sup>3</sup> MATTOS, Ruben Araujo de. Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde. Interface: Comunicação, Saúde, Educação. Botucatu, v. 13, s. 1, p. 771-780, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/GCvzrJvLB3rq8cnvRQpPC9H/?lang=pt>. Acesso em 9 ago. 2021.

possibilidades à efetivação do direito à saúde no Brasil. Posteriormente, analisa-se os discursos de Ministros da Saúde do Brasil no período de 1990 a 2020. A pesquisa é desenvolvida pelo método indutivo e instruída por uma análise bibliográfica e discursiva. Como técnica de pesquisa, adota-se a análise de dados, por meio do espaço temporal mencionado, período de governo democrático no Brasil, presidido por Fernando Collor de Mello (1990-1992); Itamar Franco (1992;1995); Fernando Henrique Cardoso (1995;2003); Luís Inácio Lula da Silva (2003;2011); Dilma Rousseff (2011-2016); Michel Temer (2016;2019) e Jair Messias Bolsonaro (2019-atual).

A partir da premissa de que discursos são conteúdos imbuídos por elementos tanto de caráter subjetivo quanto contextuais-históricos que norteiam ações políticas e a existência humana, o estudo tem o intuito de apresentar a metateoria do direito fraterno e suas potencialidades, principalmente, de lançar a imprescindibilidade da utilização da perspectiva da fraternidade como prática que potencializa a efetivação do direito à saúde e o reconhece como bem comum da humanidade. De acordo com os discursos dos Ministros da Saúde, questiona-se: a perspectiva da fraternidade é/foi incorporada na pauta da saúde no Brasil? A partir do referido questionamento, dedica-se o estudo que segue.

### **O Sistema Único de Saúde (SUS): a (in)efetivação do direito à saúde**

A Constituição Federal brasileira promulgada em 1988, tanto consagrou, no âmbito jurídico-positivo, o Estado Democrático de Direito, trazendo consigo direitos fundamentais que contemplam todas as suas dimensões. No que se refere aos direitos fundamentais, é cediço que eles têm a função de garantir que a dignidade da pessoa humana<sup>4</sup> seja contemplada em toda a sua carga valorativa no mundo real, tendo em vista que os direitos fundamentais devem atentar para as demandas sociais de todos os indivíduos integrantes de determinado tecido social. Outrossim, tais direitos são atrelados à ideia de “poderes e a expectativas de todos”<sup>5</sup>, ou seja, do povo numa dimensão democrática.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> A dignidade humana tem “o condão de impedir a degradação do homem, em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal, uma vez que compete ao Estado o dever de propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima, ressaltando-se aqui a saúde essencialmente enquanto direito”. MARTINI, Sandra Regina. STURZA, Janaína Machado. A dignidade humana enquanto princípio de proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais: o direito à saúde. In: *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Brasília, v. 6, n. 2, p. 25-41, abr./jun. 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/367/453>. Acesso em 7 mar. 2021, p. 33.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA, Marcellus Polastri; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Temas atuais do direito: Estudos em homenagem aos 80 anos do curso de direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 518.

<sup>6</sup> Canotilho refere algumas problemáticas a respeito da efetivação dos direitos prestacionais fundamentais, quais sejam: “1ª. gradualidade de realização; 2ª. dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; 3ª. pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas realizadoras destes direitos; 4ª. pela inusctibilidade do controle jurisdicional dos programas jurídico-legislativos, salvo nos casos específicos de inconstitucionalidades”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. “*Metodologia Fuzzi*” e

No que concerne ao paradoxo limite/possibilidade da efetivação do direito à saúde no âmbito do SUS, sabe-se que a saúde no período anterior à promulgação da Constituição Federal brasileira (1988) estava inclusa em um sistema social de seguro e era compreendida como benefício complementar atrelado à previdência social. Em outras palavras, somente os trabalhadores formais que contribuíam regularmente com a previdência tinham acesso ao sistema de saúde. Assim, “os reflexos disso podem ser observados na crescente e constante privatização dos serviços de saúde, embora ela agora seja um direito fundamental, constitucionalmente assegurado”<sup>7</sup>. Observa-se que foi no ano de 1986 que ocorreu a 8ª Conferência Nacional de Saúde, acontecimento que impulsionou o reconhecimento do direito universal à saúde, o qual concebeu a possibilidade de todos os brasileiros serem atendidos pelo sistema público de saúde.

A consolidação do Estado Democrático de Direito ocorre com o advento da Constituição Federal Cidadã promulgada em 1988, momento em que o SUS deu início à concretização de seus objetivos, princípios e diretrizes com o intuito de que todas as demandas em saúde fossem atendidas de maneira adequada e de forma integral, propostas que estavam em consonância com a dinâmica de reivindicações trazidas pelo Movimento da Reforma Sanitária<sup>8</sup>. Após a criação do SUS no Brasil, a concepção sobre a saúde teve uma resignificação, no sentido de que “passou a ser associada a condições de vida decorrentes de diversas políticas sociais e econômicas – moradia, alimentação, trabalho, educação, lazer, etc. – e não apenas ao setor específico de saúde”<sup>9</sup>.

Constata-se que a carga de complexidade e a especificidade do direito à saúde no âmbito do SUS, começa a se operacionalizar em um contexto de pluralidade humana e de cenários sociais problemáticos. O Brasil é um país marcado por déficits estruturais em seus sistemas de gestão e que convive com a existência de patologias sociais (desigualdade, miséria, exclusão, pobreza, etc.), as quais se acentuam de acordo com a

---

*“Camaleões Normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais.* Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 108.

<sup>7</sup> VIAL, Sandra Regina Martini; KÖLLING, Gabrielle. As dificuldades e os avanços na efetivação do direito à saúde: um estudo da decisão do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul x Município de Giruá. *In: Boletim da Saúde.* Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 13-24, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.boletimdasaude.rs.gov.br/conteudo/2852/as-dificuldades-e-os-avan%C3%A7os-na-efetiva%C3%A7%C3%A3o-do-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde:-um-estudo-da-decis%C3%A3o-conselho-regional-de-medicina-do-estado-do-rio-grande-do-sul-x-munic%C3%ADpio-de-giru%C3%A1>. Acesso em 2 mar. 2021, p. 17.

<sup>8</sup> De acordo com Daniele de Souza sobre a Reforma Sanitária, “o movimento nasceu da ação contra a ditadura, no início da década de 1970. Já com conhecimento dos novos conceitos de saúde e da Declaração de Alma-Ata, no exercício de controle social, o debate sobre um novo modelo de saúde foi realizado na 8ª Conferência Nacional de Saúde (8ª CNS), em 1986. As discussões da 8ª CNS trouxeram as bases para elaborar a seção sobre saúde, na Constituição Federal (CF) de 1988, marco de criação do Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro, com os princípios mais democráticos de universalidade e equidade, ao encontro do processo de democratização do Brasil pós-ditadura”. SOUZA, Daniele. Direito fundamental à saúde: condição para dignidade humana. *In: Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde.* Rio de Janeiro, 7 dez. 2018. Disponível em: <https://www.icict.fiocruz.br/content/direito-fundamental-%C3%A0-sa%C3%BAde-condi%C3%A7%C3%A3o-para-dignidade-humana>. Acesso em 2 mar. 2021.

<sup>9</sup> CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE. Manifesto do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde em defesa do direito universal à saúde – saúde é direito e não negócio. Rio de Janeiro, 18 jul. 2014. Disponível em: [http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/09/Manifesto\\_Cebes\\_Saúde\\_é\\_direito\\_e\\_não\\_negócio.pdf](http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/09/Manifesto_Cebes_Saúde_é_direito_e_não_negócio.pdf). Acesso em 2 mar. 2021.



dinâmica de suas crises e obstaculizam a efetivação de tal direito fundamental social, principalmente, daqueles indivíduos mais atingidos pelos processos patológicos degradantes. Com efeito, é imprescindível que se imponham “estratégias de solução de problemas diversos, identificados, por exemplo, na gestão do sistema e também no subfinanciamento da saúde (falta de recursos)”<sup>10</sup>.

Então, não basta asseverar que a saúde “é um direito do cidadão e um dever do Estado, é preciso criar condições para que este direito seja efetivado”<sup>11</sup>. Nessa ótica, tais condições são criadas a partir “de políticas públicas que respeitem as diferenças loco-regionais, mas que apresentem uma estrutura global, pois os problemas de saúde não são territorialmente limitados”<sup>12</sup>. A Organização Pan-Americana em Saúde (OPAS) produziu o Relatório “30 anos de SUS” em 2018, com o objetivo de desenvolver recomendações estratégicas e metas para estabelecer uma Agenda de cooperação técnica até o ano de 2030. Dessa forma, o documento destaca a necessidade de superação de algumas problemáticas, tais como: o subfinanciamento e a fragmentação do SUS, as incongruências na distribuição de pessoas e o déficit entre a formação profissional e as demandas registradas dos serviços e atendimentos à saúde. O relatório da OPAS produziu discussões voltadas a imprescindibilidade da consolidação de diálogos entre o Governo e a sociedade, com o intuito de refletir a respeito da busca pela efetivação dos direitos fundamentais previstos da esfera Constitucional, principalmente, da saúde para fortalecer e promover a manutenção do SUS<sup>13</sup>.

Aproximadamente 80% da população brasileira depende exclusivamente do SUS e 20% das pessoas são atendidas pelo setor privado. Os projetos que objetivam o desmantelamento “do SUS como sistema universal, integral e de qualidade estão fortemente presentes e pretendem fazer do SUS um sistema de baixa qualidade, destinado apenas aos que não podem pagar e que não darão lucro aos mercados da saúde”<sup>14</sup>. Nesse cenário catastrófico, “o SUS vem enfrentando uma competição desigual com o setor privado de saúde, o qual conta com subsídios fiscais e com recursos públicos para comprar seus serviços e para investimentos”<sup>15</sup>. Diante desse conflito de interesses, a personificação “da saúde como um negócio que visa lucro garantiu a expansão do setor privado de saúde brasileiro, hoje um dos maiores e mais poderosos do mundo, que atua impondo dificuldades para barrar o direito universal à saúde”<sup>16</sup>. Para que haja a efetivação do direito à saúde, é imprescindível tanto a preocupação estatal, quanto “o engajamento de todos (indivíduos, famílias, organismos, empresas). É preciso uma construção coletiva

---

<sup>10</sup> SUS: O que é? Leia mais PenseSUS. In: FIOCRUZ. Rio de Janeiro, [2021?]. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/sus>. Acesso em 2 de mar. 2021.

<sup>11</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. *Comparazione e Diritto Civile*. Salerno, v. 1, p. 16, 2010, p. 16.

<sup>12</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>13</sup> CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE. Manifesto do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde em defesa do direito universal à saúde – saúde é direito e não negócio. Rio de Janeiro, 18 jul. 2014. Disponível em: [http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/09/Manifesto\\_Cebes\\_Saúde\\_é\\_direito\\_e\\_não\\_negócio.pdf](http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/09/Manifesto_Cebes_Saúde_é_direito_e_não_negócio.pdf). Acesso em 2 mar. 2021, p.

6.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Idem.

da saúde, mas com participação ativa do Estado, não no sentido de privatizar a saúde, mas de torná-la um *locus público*<sup>17</sup>.

No âmbito internacional, o Brasil por meio do SUS é considerado “referência de nação comprometida com a universalidade em saúde, de gestão pública participativa e fonte de conhecimentos para a Região das Américas e países de outras latitudes”<sup>18</sup>. A saúde é “um direito fundamental, que ultrapassa as fronteiras de um Estado Nação. Quando o percebemos deste modo, vemos que temos vários instrumentos internacionais que são úteis para a efetivação desse direito”<sup>19</sup>. Ainda que o SUS precise ser aperfeiçoado, “é o mais avançado modelo de política pública de inclusão social, por isso a sua efetivação é uma luta cotidiana assim como o é a democracia”<sup>20</sup>.

A chamada por Norberto Bobbio “Era dos direitos” é, da mesma forma, “a era da sua maciça violação e da mais profunda desigualdade”<sup>21</sup>. Para que se execute uma política de saúde que atenda as demandas de toda a coletividade é basilar que todos os envolvidos participem do processo de gestão desde o início. Logo, para que se perfectibilize no cenário social “o direito a ter direito a uma saúde digna, observamos que a efetivação deste direito fundamental só pode se dar na nossa sociedade por meio dela própria, ou seja, por mecanismos capazes de implementá-lo”<sup>22</sup>. Para que todas as pessoas detenham “direito à saúde, é necessário efetivar o pacto pela vida, a defesa do sistema único de saúde e a gestão deste mesmo sistema”<sup>23</sup>. Compreender a saúde como direito fundamental significa desencadear uma “luta contínua para a consolidação desse direito como um bem comum, como aquilo que deve perpassar toda a sociedade, fundado na solidariedade, na

---

<sup>17</sup> VIAL, Sandra Regina Martini; KÖLLING, Gabrielle. As dificuldades e os avanços na efetivação do direito à saúde: um estudo da decisão do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul x Município de Giruá. In: Boletim da Saúde. Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 13-24, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.boletimdasaude.rs.gov.br/conteudo/2852/as-dificuldades-e-os-avan%C3%A7os-na-efetiva%C3%A7%C3%A3o-do-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde:-um-estudo-da-decis%C3%A3o-conselho-regional-de-medicina-do-estado-do-rio-grande-do-sul-x-munic%C3%ADpio-de-giru%C3%A1>. Acesso em 2 mar. 2021, p. 16-17.

<sup>18</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). Relatório 30 anos de SUS, que SUS para 2030? Brasília: OPAS. 2018. Disponível em: <http://saudeamanha.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/06/serie-30-anos-sus.pdf>. Acesso em 2 mar. 2021, p. 4.

<sup>19</sup> No pensamento de João Pedro Schmidt, “política pública é um conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político”. SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em 7 mar. 2021, p. 127.

<sup>20</sup> VIAL, Sandra Regina Martini; KÖLLING, Gabrielle. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA, Marcellus Polastri; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Temas atuais do direito: Estudos em homenagem aos 80 anos do curso de direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 525.

<sup>22</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde: Um Direito Fundado na Fraternidade. In: SANT’ANNA, Maria Josefina Gabriel. *Saúde e direitos humanos*. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman, a. 5, n. 5. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/3037.pdf#page=65>. Acesso em 3 mar. 2021. p. 65-85. p. 73.

<sup>23</sup> Idem, p. 68.

fraternidade e no compartilhar, significa ver o outro como um outro eu”<sup>24</sup>. Quando se discute a necessidade de fortalecimento do SUS a partir do paradoxo limite/possibilidade à efetivação do direito à saúde é possível significar a funcionalidade da Constituição “como mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e da política”<sup>25</sup>.

É a partir dos dispositivos constitucionais que o sistema político se dinamiza, pois, é dentro dele, “na perspectiva das relações de poder, que se estabelecem as estruturas dessas políticas públicas sociais de saúde”<sup>26</sup>. Para que haja a efetivação do direito à saúde no Brasil é preciso pensar a saúde e a consolidação do SUS como uma construção coletiva e por uma dimensão comunitária e complexa que atenda as especificidades humanas e que atente para conceber a saúde como um bem comum por perspectivas fraternas que humanizem contextos problemáticos e que resgatem humanidades degradadas pela violação maciça de direitos.

No contexto histórico, a fraternidade “permaneceu inédita e irresolvida em relação aos outros temas da igualdade e da liberdade, retorna hoje com prepotência, quanto mais o presente impõe, com as suas acelerações jacobinas, a questão global, da dependência de tudo e de todos”<sup>27</sup>. Constitui-se como uma relação de compartilhamento harmônico a partir das relações sociais e na construção de ambientes de diálogo com a humanidade. A fraternidade é reconhecida no instante em que se forma “uma relação social na qual se age com o outro – liberdade e igualdade – e para o outro – comunidade”<sup>28</sup>. Ou seja, “coincide com o espaço de reflexão ligado aos Direitos Humanos, consciente de que a humanidade é o lugar-comum e somente em seu interior pode ser pensado o reconhecimento e a tutela”<sup>29</sup>. Uma sociedade que cultua a fraternidade aposta em relações humanizadas e na ascensão de um bem comum.

A fraternidade presente, timidamente, no contexto das grandes revoluções, é resgatada na sociedade atual e é a aposta naquelas significações propostas no passado. Aliás, “defende-se aqui um Direito altruísta, humanista, fraterno, um paradigma jurídico da razão sensível. O Direito, fundamentado na fraternidade, revela-se em um mecanismo de promoção dos Direitos Humanos”<sup>30</sup>. O presente reporta-se para uma realidade que a humanidade se depara com o desgaste da “forma estatal das pertencas fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os

---

<sup>24</sup> VIAL, Sandra Regina Martini; KÖLLING, Gabrielle. As dificuldades e os avanços na efetivação do direito à saúde: um estudo da decisão do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul x Município de Giruá. In: Boletim da Saúde. Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 13-24, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.boletimdasaude.rs.gov.br/conteudo/2852/as-dificuldades-e-os-avan%C3%A7os-na-efetiva%C3%A7%C3%A3o-do-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde:-um-estudo-da-decis%C3%A3o-conselho-regional-de-medicina-do-estado-do-rio-grande-do-sul-x-munic%C3%ADpio-de-giru%C3%A1>. Acesso em 2 mar. 2021, p. 15.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>26</sup> VIAL, Sandra Regina Martini; KÖLLING, Gabrielle. *Idem*, p. 18.

<sup>27</sup> RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 9.

<sup>28</sup> MADERS, Angelita Maria; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; ANGELIN, Rosângela. *Mulheres, vulnerabilidade e direito fraterno: (des)caminhos da violência à dignidade sexual e reprodutiva*. Porto Alegre: Fi, 2019, p. p. 117.

<sup>29</sup> GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O novo no direito de Luis Alberto Warat: mediação e sensibilidade*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 94.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 95.

outros. Mas significa também a época em que vão sendo experimentadas outras formas de convivência política”<sup>31</sup>.

Logo, “a fraternidade iluminista insere novamente uma certa cota de complexidade no frio primado do justo sobre o bom, e procura, com efeito, alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações políticas”<sup>32</sup>. Perspectivas fraternas resplandecem quando se aposta em espaços comuns compartilhados.

O jurista italiano Eligio Resta desenvolve a metateoria do direito fraterno<sup>33</sup> e afirma que o Direito Fraterno aposta na existência do bem comum e na transformação da humanidade a partir dela mesma. A fraternidade é uma exigência do nosso tempo pois é imprescindível à manutenção de uma vida vivida com dignidade. Acreditar na fraternidade é crer no reconhecimento das especificidades de cada ser humano, é um pulsar que transcende fronteiras quando concretiza a humanidade como lugar comum e reconhece que os direitos humanos são bens comuns da humanidade. Sobretudo, “a autenticidade da razão fraterna vem a partir da consciência individual e coletiva como condição essencial para a aplicação da dignidade humana”<sup>34</sup>. Constata-se que “o princípio da fraternidade é direcionador de um projeto político-democrático enquanto norma preceptiva que considera a dignidade humana como marco da liberdade, igualdade e fraternidade e limite de sentido”<sup>35</sup>.

Diante disso, “a experiência da dignidade tal qual a da fraternidade, ao se inserirem no movimento intersubjetivo das relações sociais, equaciona desafios na efetivação de direitos humanos e fundamentais”<sup>36</sup>. Portanto, “a consciência da fraternidade se coaduna com a consciência da identidade coletiva, rompendo processos de indiferença social típicos do Estado liberal, preservando a unidade primordial da dignidade humana”<sup>37</sup>. Perpetua-se a tradição “de uma forma ‘moderna’ da política que, por vezes, experimentou emancipações, porém mais frequentemente desastres; falou de direitos universais, mas praticou egoísmos territoriais, banuiu a violência, mas continuou a praticá-la reiteradamente”<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 12.

<sup>32</sup> Idem, p. 11.

<sup>33</sup> Para Resta o Direito Fraterno é concebido como “a) um direito jurado em conjunto; b) livre de obsessão de identidade; c) voltado para a cidadania e para os direitos humanos; d) um direito cosmopolita; e) não violento; f) contra os poderes; g) inclusivo; h) é a aposta de uma diferença na concepção e relação “amigo e inimigo”. RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 19.

<sup>34</sup> RESTA, Eligio; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARTINI, Sandra Regina. Direito e Fraternidade: a dignidade humana como fundamento. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 92-103, set./dez. 2017. p. 100. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11364/6967>. Acesso em 8 mar. 2021.

<sup>35</sup> RESTA, Eligio; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARTINI, Sandra Regina. Direito e Fraternidade: a dignidade humana como fundamento. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 92-103, set./dez. 2017. p. 101. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11364/6967>. Acesso em 8 mar. 2021.

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 78.

O tópico seguinte abordará os discursos dos Ministros de Saúde para observar se a fraternidade está incorporada na pauta da saúde pública brasileira ou se é preciso resgatá-la em prol da efetivação do direito à saúde.

### **A saúde como bem comum da humanidade: uma análise dos discursos (fraternos?) dos Ministros da Saúde do Brasil**

No âmbito nacional, a Lei que instituiu o SUS, atribuiu ao Ministério da Saúde (MS) a função de gestor, na seara estadual, o Secretário de Estado de Saúde e no âmbito municipal, o Secretário Municipal de Saúde. Os gestores devem trabalhar para desenvolver as esferas política e técnica da saúde pública no Brasil. A saúde perfectibiliza-se como (ou deveria ser) investimento social, à medida que os Governos precisam aperfeiçoar e desenvolver condições da saúde a todos. Logo, é basilar “que invistam recursos em políticas públicas<sup>39</sup> de saúde, capazes de garantirem programas efetivos para a sua promoção”<sup>40</sup>. A pauta imprescindível do gestor do SUS (independentemente do âmbito de gestão) deve ser alicerçada na efetivação do direito à saúde como um bem comum. Assim, “mediante o seguimento dos princípios do SUS e da gestão pública, ou seja, o exercício da gestão da saúde voltado para o interesse público e não para interesses particularistas ou privados”<sup>41</sup>. A política do gestor sanitário, “norteada pela concepção da saúde como direito e pelo interesse público, também se consubstancia na permanente interação e relacionamento com outros atores do jogo democrático”<sup>42</sup>.

Do ponto de vista discursivo, analisam-se alguns discursos de Ministros da Saúde do país no período que corresponde do ano de 1990 a 2020 (do Governo do Presidente Fernando Collor de Mello ao Governo do atual Presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro) no que diz respeito à pauta da saúde pública no Brasil<sup>43</sup>. Desse modo, “o direito à saúde, fruto de um processo de lutas sociais, passa a ser recentemente entendido como

---

<sup>39</sup> Conforme Schmidt, “o termo política pública é utilizado com significados distintos, oscilando entre um significado bem abrangente (tudo o que o governo decide fazer ou não fazer) e um significado restrito (um programa de ação). Uma política compreende um conjunto de ações e iniciativas tendencialmente coerentes entre si, que geralmente envolvem várias áreas”. SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. p. 126. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em 7 mar. 2021.

<sup>40</sup> MARTINI, Sandra Regina. STURZA, Janaína Machado. A dignidade humana enquanto princípio de proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais: o direito à saúde. In: *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Brasília, v. 6, n. 2, p. 25-41, abr./jun. 2017. p. 27. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/367/453>. Acesso em 7 mar. 2021.

<sup>41</sup> SOUZA, Renilson Rehem de. O Sistema Público de Saúde brasileiro. In: Seminário Internacional Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas, 2002, São Paulo. *Anais eletrônicos*. São Paulo: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema\\_saude.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf). Acesso em 7 mar. 2021, p. 37.

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Discursos são “combinações de elementos linguísticos (frases ou conjuntos constituídos de muitas frases), usadas pelos falantes com o propósito de exprimir seus pensamentos, de falar do mundo exterior ou de seu mundo interior, de agir sobre o mundo”. FIORIN, José Luiz. Em busca do sentido: estudos discursivos. São Paulo: Contexto, 2008. p. 11.



um bem da comunidade que, ao longo do processo evolutivo, entendeu que cidadania só é possível aliada a direitos e deveres”<sup>44</sup>.

Salienta-se que o período de análise discursiva, abrange a criação do SUS e a promulgação da Constituição Federal como acontecimentos que contribuem para o reconhecimento da saúde como um bem comum. Constata-se que o início da consolidação democrática no Brasil deu-se no governo de Fernando Collor de Mello (1990-1992), o governo foi caracterizado por instituir o neoliberalismo e uma política conservadora no país. Nesse período, “o predomínio de políticas econômicas e de agendas de reforma do Estado de inspiração neoliberal impôs constrangimentos à lógica da Seguridade e à expansão de políticas sociais universais”<sup>45</sup>. No âmbito da saúde coletiva, o aludido governo empreendeu ataques à implantação do SUS pois aprovou vetos da Lei nº 8.080/1990 que, conseqüentemente, provocavam entraves à participação dos cidadãos e a transferência automática de recursos para os outros gestores sanitários (estados e municípios). Como se não bastasse, o governo Collor provocou vários adiamentos da 9ª Conferência Nacional de Saúde. O então Ministro da Saúde Alcení Guerra detinha limitado poder político no governo e na pauta da saúde e seu discurso impunha limites à participação social.

A agenda do Ministro Guerra ocorreu a partir das seguintes pautas sanitárias:

1990: Inamps é incorporado ao Ministério da Saúde. - 1990: Promulgação da Lei Orgânica da Saúde (LOS 8.080 e 8.142) - Início do Programa Agentes Comunitários da Saúde (PACS) para reduzir a mortalidade infantil em áreas pobres. - AIDS - início da terapia antirretroviral. - Norma Operacional Básica (NOB) 1991 - descentralização de serviços (intensa) e de recursos (limitada)<sup>46</sup>.

Imbuído por denúncias de corrupção, Collor retirou o então Ministro da Saúde Alcení Guerra e empossou Adib Jatene como gestor da pasta do MS. A gestão de Adib pautou-se no fomento ao diálogo coletivo, a potencialidade federal de gestão do SUS e em prol da ampliação dos serviços de saúde pública no país. Constata-se que o governo Collor revela que a condução nacional da política de saúde nesse período foi semelhante àquela existente no período pré-criação do SUS. Há, portanto, nessa análise, uma relação voltada à solidariedade, cujo fundamento está numa relação vertical, e há uma enfraquecida fraternidade que, no caso, requer a gestão compartilhada da saúde, a universalidade do seu acesso e o alcance por todos em qualquer espaço geográfico do território nacional, de

---

<sup>44</sup> STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. O município enquanto espaço de consolidação de direitos: a saúde como bem comum da comunidade. *Revista Jurídica* – UNICURITIBA, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 393-417, 2017. p. 404. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2364/1444>. Acesso em 7 mar. 2021.

<sup>45</sup> MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Fera. Políticas de saúde no Brasil em tempos contraditórios: caminhos e tropeços na construção de um sistema universal. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 33, s. 2, p. 143-141, 2017. p. 144. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v33s2/1678-4464-csp-33-s2-e00129616.pdf>. Acesso em 8 mar. 2021.

<sup>46</sup> MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Fera. Políticas de saúde no Brasil em tempos contraditórios: caminhos e tropeços na construção de um sistema universal. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 33, s. 2, p. 143-141, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v33s2/1678-4464-csp-33-s2-e00129616.pdf>. Acesso em 8 mar. 2021, p. 145.



forma célere e gratuita. Posteriormente, no ano de 1992, o vice-presidente Itamar Franco assumiu a presidência da república, diante do impeachment de Collor.

Num primeiro momento, o governo de Itamar Franco (1992-1994), no que se refere às políticas de trabalho e social no contexto nacional, houve “descentralização e instabilidade do financiamento social. 1993 – Interrupção do aporte de contribuições sociais dos trabalhadores para o financiamento da saúde”<sup>47</sup>. O aludido governo teve como gestor do MS o Ministro Jamil Haddad, o qual promoveu um discurso de reconhecimento na área da saúde pública, sua gestão foi marcada por conflitos com autoridades econômicas do governo justamente por desenvolver o fortalecimento de municípios e da participação coletiva no âmbito sanitário do país. A agenda da política de saúde sob a gestão de Haddad aconteceu a partir de pautas específicas como “Formulação NOB 1993 (proposta) – Descentralização com ênfase nos municípios, criação de comissões intergestores bipartite nos estados. - Extinção do INAMPS”<sup>48</sup>. Destaca-se que o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) coordenava a concretização de um modelo de atenção à saúde privado e especificadamente médico, dinâmica que prejudicava a consolidação plena do SUS como sistema de saúde pública. O Ministro Haddad promoveu a prioridade de definir a função de cada esfera do governo em prol da expansão de recursos destinados à área da saúde.

Henrique Santillo assumiu a pasta do MS, período em que se perpetuaram os conflitos com autoridades econômicas de gestão do governo. A gestão de Santillo constituiu um discurso de agenda da política de saúde baseada na “Implementação inicial da NOB 1993. - Descentralização com ênfase nos municípios. 1994 – Início do Programa Saúde da Família”<sup>49</sup>. Nesse contexto, visualiza-se a fraternidade com maior espaço no estabelecimento de códigos fraternos entre as pessoas ao aprofundar as ações voltadas ao aumento de recursos para a saúde de forma que possam dar concretude à saúde enquanto direito humano e de acesso de todos, indistintamente.

De encontro com a agenda neoliberal, os governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998 e 1999-2002) fomentaram um processo de privatização de empresas estatais e uma dinâmica de operacionalização de um novo modelo de institucionalidade para o Brasil. O governo FHC empossou o Ministro da Saúde Adib Jatene que atuou no processo político de saúde a partir de negociações com o Congresso Nacional para uma inovadora contribuição com o objetivo de “financiar a saúde (Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira – CPMF); - X Conferência Nacional de Saúde (1996) e participação do Ministro no Conselho Nacional de Saúde. - Negociações intergovernamentais”<sup>50</sup>

O discurso da agenda da política de saúde de Jatene no Governo FHC dedicou-se:

---

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> Idem.

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de; BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. Políticas de saúde no Brasil em tempos contraditórios: caminhos e tropeços na construção de um sistema universal. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 33, s. 2, p. 143-141, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v33s2/1678-4464-csp-33-s2-e00129616.pdf>. Acesso em 8 mar. 2021, p. 146.

Adoção do Programa Saúde da Família como estratégia de fortalecimento da atenção básica em saúde. - Expansão da política de combate à AIDS – terapia antirretroviral múltipla (lei específica). - Continuidade e expansão de políticas tradicionais de saúde pública. - Ênfase no controle do Tabaco. - Formulação da Norma Operacional Básica (NOB 1996) –mudanças nos critérios de descentralização, financiamento e organização do sistema.<sup>51</sup>

As ações adotadas por Jatene refletem a compreensão de uma pauta fraterna, de ampliação da concepção da saúde, na prevenção e no fortalecimento da atenção básica. Logo depois, Carlos Albuquerque assumiu a gestão do MS, o qual optou pela “adesão à agenda de reforma do Estado e ênfase na eficiência da gestão e na descentralização”<sup>52</sup>. Após a saída de Carlos Albuquerque, é empossado José Serra que teve uma gestão sanitária estável. Durante sua administração na saúde pública, promoveu um discurso pela “aprovação da Emenda Constitucional no 29/2000, estabelecendo novas regras de financiamento da saúde pelas três esferas (mais frouxas para a esfera federal)”<sup>53</sup>.

Durante a gestão de José Serra, a agenda da política sanitária foi distribuída assim

- Expansão do Programa Saúde da Família; criação do Departamento de Atenção Básica. - Continuidade de políticas tradicionais de saúde pública e na política de AIDS – debate internacional sobre propriedade intelectual e ajustes na legislação nacional. - Emissão da Norma Operacional de Assistência à Saúde (NOAS) 01/02 - Assistência farmacêutica – proliferação, fragmentação e descentralização de programas; expansão de gastos com medicamentos de alto custo; programa de genéricos. - Criação de agências voltadas para regulação sanitária (Anvisa) e de planos privados de saúde (ANS)<sup>54</sup>.

Posteriormente ao período de Serra, dá-se a gestão do Ministro Barjas Negri que assume a pasta da saúde do Brasil em um momento de transição devido ao ano eleitoral. A agenda da política de saúde de Negri foi baseada na continuidade das políticas sanitárias implementadas durante o governo vigente, com características de fraternidade, numa relação horizontal e descentralizada entre os Entes Públicos, possibilitando o maior financiamento da pasta, bem como possibilitando o maior acesso ao tratamento de saúde ao implantar o programa de genéricos, expandido até o presente momento, com benefícios para toda a população. Com a eleição de Luiz Inácio Lula da Silva à presidência do país (2003-2006 e 2007-2010), ocorre uma ascensão da criação de empregos formais, o aumento do salário mínimo, políticas sociais que tinham por intuito a erradicação da pobreza e a efetivação dos direitos fundamentais de indivíduos vulneráveis pela redução das desigualdades. Lula proporcionou a “Reforma incremental do regime previdenciário dos servidores. - Expansão federal na educação terciária: novas universidades e campi federais e financiamento para o setor privado”<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Políticas de saúde no Brasil em tempos contraditórios: caminhos e troços na construção de um sistema universal. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 33, s. 2, p. 143-141, 2017. p. 147. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v33s2/1678-4464-csp-33-s2-e00129616.pdf>. Acesso em 8 mar. 2021.

O Ministro Humberto Costa assume a pasta do MS com a promessa de iniciar transformações a partir de uma gestão baseada em um diálogo mais democrático com a população brasileira, revelando, desse modo, uma concepção fraterna da saúde no Brasil. A agenda da política sanitária desenvolve mudanças na estruturação do Ministério criando mais Secretarias especificadamente atuantes nas “áreas estratégicas e unificação da Secretaria de Atenção à Saúde; - Definição de marcas de governo na saúde (ex., Brasil Sorridente, SAMU, Farmácia Popular). - Elaboração do Plano Nacional de Saúde (2004-2007)”<sup>56</sup>. No mesmo governo, o Ministro José Saraiva Felipe assume a pasta do MS empreendendo um discurso pautado no prosseguimento das políticas públicas sanitárias de caráter prioritário e, ainda, a gestão de Saraiva Felipe significou o “início de mudanças na condução de algumas áreas da política em relação ao período 2003-2005 (ex., área de educação em saúde) e maior ênfase na centralidade de algumas estratégias (ex., Saúde da Família)”<sup>57</sup>. Posteriormente, toma posse o Ministro da saúde José Agenor da Silva que mantém em seu discurso a continuidade das políticas em saúde implementadas pelo Governo em vigência e consolida a aposta na execução do Pacto pela Saúde.

Durante o Governo Lula, José Gomes Temporão entra na gestão do MS e fomenta a dinâmica de um discurso na agenda da política de saúde pautado na promoção da saúde e suas intersecções com o desenvolvimento, ao passo que dá “-Destaque para o fortalecimento do complexo econômico-industrial da saúde. - Continuidade e expansão de políticas prioritárias. - Elaboração em 2007 do Plano Mais Saúde (2008-2011), sob influência do PAC”<sup>58</sup>. Dilma Rousseff assume a presidência do Brasil (2011-2014 e 2015-2016) e empossa o Ministro da saúde Alexandre Padilha, o qual mantém um discurso pela continuidade das políticas de saúde prioritárias do Governo Lula e promove um maior incremento nas políticas públicas sanitárias do país, fundamentadas na realização da saúde enquanto expressão da fraternidade e reconhecimento de todos como merecedores do amplo acesso à saúde.

A agenda de saúde do Ministro Padilha foi fundamentada nas seguintes pautas:

- Adoção inicial como marco governamental das Unidades de Pronto Atendimento (UPA), que já existiam, com a expansão expressiva de serviços. - Lançamento e expansão do Programa Mais Médicos, em 4 vertentes: provimento de médicos em locais remotos e com escassez (inclusive de médicos estrangeiros sem reconhecimento de diploma, com destaque para cubanos contratados por meio de convênio OPAS na 1ª fase do Programa); ampliação de cursos e vagas de Medicina no país; ampliação de vagas de residência médica; incentivo a mudanças curriculares na formação em Medicina<sup>59</sup>.

De encontro com os discursos instituídos a partir das políticas de saúde brasileiras no Governo Dilma, Arthur Chioro assume a pasta do Ministério da Saúde e promove

---

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> Idem.

<sup>59</sup> MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Políticas de saúde no Brasil em tempos contraditórios: caminhos e tropeços na construção de um sistema universal. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 33, s. 2, p. 143-141, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v33s2/1678-4464-csp-33-s2-e00129616.pdf>. Acesso em 8 mar. 2021, p. 148.

“medidas de abertura do setor saúde ao capital estrangeiro (inclusive na prestação de serviços)”<sup>60</sup>. O sucessor de Chioro foi o Ministro da Saúde Marcelo Castro, que implementa uma política em saúde pública pautada na “Expansão de arboviroses – dengue, Chikungunya e Zika – e identificação de associação do vírus da Zika (quando contraído na gravidez) com microcefalia leva à ênfase em estratégias voltadas ao controle epidemiológico destas doenças”<sup>61</sup>.

Com o Impeachment de Dilma em 2016, o seu vice, Michel Temer assume a presidência da República. No âmbito da saúde pública, observa-se a intensificação dos processos de contrarreforma e o prosseguimento de uma dinâmica de privatização da saúde, acompanhados pelo congelamento de recursos no orçamento de políticas de caráter social por vinte anos, incluindo cortes de investimentos na política sanitária nacional. Igualmente, a estipulação “dos chamados planos de saúde acessíveis; propostas de retrocessos na política de saúde mental e de mudanças na Política Nacional de Atenção Básica (PNAB); articulação efetiva com o setor privado por meio da Coalizão Saúde (2017)”<sup>62</sup>.

Os discursos neoliberais dos Ministros de Saúde Ricardo Barros e logo depois Gilberto Occhi, vêm de encontro com a proposta de redução e desmantelamento do SUS, retirando a fraternidade do cenário da saúde, voltando-se a uma relação vertical e hierárquica. Os aludidos Ministros fundamentam discursos referindo que “o país não conseguirá sustentar os direitos da Constituição Federal de 1988 como o acesso universal à saúde, e será preciso repensá-los, pois não haverá capacidade financeira para isso”<sup>63</sup>. Observa-se um retrocesso no âmbito da saúde pública no Governo Temer que fomentou suas políticas sanitárias através do “aprofundamento das contrarreformas e na aceleração do desmonte das políticas públicas e universais”<sup>64</sup>.

Jair Messias Bolsonaro assume a Presidência da República em 2019, e a gestão ministerial da saúde fica a cargo de Luiz Henrique Mandetta que em seu discurso de posse afirmou: “nós queremos e iremos cumprir um desafio constitucional, que saúde é um direito de todos e dever do estado. Não tem retrocesso, não tem volta da nossa máxima constitucional. Nós vamos cumprir a Constituição Brasileira”<sup>65</sup>. No entanto, também proferiu que deseja “um sistema privado forte e solidário”<sup>66</sup>. O discurso de Mandetta sustenta “a defesa de um setor privado forte e a não proposição de mais recursos orçamentários para o SUS são preocupantes, pois não contribuem para o fortalecimento

---

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> BRAVO, Inês Souza. PELAEZ, Elaine Junger. A saúde nos governos Temer e Bolsonaro: lutas e resistências. *Estado, Democracia e Saúde*. Brasília, v. 22, n. 46, p. 191–209, jan./jun. 2020. p. 195. Disponível em: [https://periodicos.unb.br/index.php/SER\\_Social/article/view/25630/25147](https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/25630/25147). Acesso em 8 mar. 2021.

<sup>63</sup> BRAVO, Inês Souza. PELAEZ, Elaine Junger. A saúde nos governos Temer e Bolsonaro: lutas e resistências. *Estado, Democracia e Saúde*. Brasília, v. 22, n. 46, p. 191–209, jan./jun. 2020. p. 196. Disponível em: [https://periodicos.unb.br/index.php/SER\\_Social/article/view/25630/25147](https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/25630/25147). Acesso em 8 mar. 2021.

<sup>64</sup> Idem, p. 194.

<sup>65</sup> TEICH, Nelson. Discurso de posse. In: MAZUI, Guilherme; BARBIÉRI, Luiz Felipe. Nelson Teich toma posse como ministro na saúde. *G1*. Brasília, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/17/nelson-teich-toma-posse-como-ministro-na-saude.ghtml>. Acesso em 8 mar. 2021.

<sup>66</sup> Idem.

do SUS e seu componente público e estatal”<sup>67</sup>. Em março de 2020, ainda sob a gestão do Ministro de Saúde Mandetta, a OMS declara estado de pandemia COVID-19 que emergiu no cenário social como uma ameaça biológica e patológica à existência humana. Bolsonaro e Mandetta entram em conflito em seus discursos, pois o Ministro assumiu uma posição de defesa pela necessidade de isolamento social como estratégia de impedir o contágio pelo vírus e como medida necessária para reforçar e preparar o sistema de saúde brasileiro.

Enquanto a pandemia provocava déficits estruturais, à medida em que compromete o SUS e após a demissão de Mandetta, Bolsonaro empossa Nelson Teich como Ministro da Saúde. Em seu discurso de posse, Teich refere:

[Vamos] Acompanhar diariamente a evolução em cada estado e município, de como está evoluindo a covid-19 e outros problemas que possam estar relacionados à saúde. Trabalhando com os estados, com os municípios, para que a gente consiga ter uma agilidade na solução de problemas que vão surgir. Você tem que analisar todo dia o que está acontecendo, fazer planejamento e executar. “Tem que acompanhar também os indicadores sociais. Se tiver mais desemprego, pessoas que vão perder o plano de saúde, isso vai impactar o SUS. [Vamos buscar a] Informação detalhada, com qualidade, bem avaliada e bem estruturada. E formação de equipe. Coisa que pretendo trazer de forma mais intensa de transição de um ministro para o outro.”<sup>68</sup>

Sentindo-se pressionado pelo Presidente, Nelson Teich deixa a pasta do MS. Bolsonaro empossa o Ministro Eduardo Pazuello. Em seu discurso de posse, Pazuello afirmou que o Brasil está em “situação de estabilidade bem definida”<sup>69</sup>. No final de 2020, vacinas são criadas, começam a ser negociadas com vários países, ao passo que se perfectibilizam como estratégias de enfrentamento à crise sanitária e humanitária instaurada na sociedade mundial. O acesso à vacinação por toda população, de forma célere e gratuidade, enquanto política pública sanitária revela-se como uma prática fraterna.

O então Ministro Pazuello deixa a pasta do MS e quem assume em 23 de março de 2021 é o médico cardiologista Marcelo Queiroga. Até o mês de março de 2022, Queiroga é considerado o ministro mais duradouro do governo Bolsonaro. No contexto da pandemia, Queiroga assumiu o MS proferindo um discurso pautado contra a obrigatoriedade das máscaras e potencializa ainda mais a narrativa do Chefe do Poder Executivo federal, no instante em que se posiciona contra o passaporte vacinal, o uso de máscaras e a vacinação em crianças e adolescentes. Falha, nesse sentido, a atuação fraterna em prol da saúde de todos, fragilizando as garantias e direitos fundamentais e a construção do bem comum.

A intensificação da campanha de vacinação contra a covid-19 entra em ascensão e a eficácia da vacina comprova-se tanto no âmbito científico quanto no cenário prático, no sentido de que a vacina é aplicada por meio do SUS de forma gratuita e acessível a todos.

<sup>67</sup> BRAVO, Inês Souza. PELAEZ, Elaine Junger. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>68</sup> TEICH, Nelson. *Op. cit.*

<sup>69</sup> Idem.



Assim, na medida em que a cobertura vacinal se potencializa no *locus* social, confirma-se a diminuição do número de casos graves e de pessoas infectadas pelo vírus.

Em síntese, de acordo com os discursos de Ministros da Saúde do Brasil no período que corresponde de 1990 a 2022, constata-se que houve avanços e retrocessos no âmbito da saúde pública no país. Ressalta-se que “o direito à saúde é fruto de várias lutas sociais, e há um eterno questionamento se é possível atender todas as demandas da sociedade nessa temática”<sup>70</sup>. Ou seja, “retomar as definições e dimensões dos bens comuns significa retornar a velhos conceitos como aqueles da amizade, pactos, acordos, inclusão, em uma palavra: retornar à fraternidade como um código capaz de desvelar paradoxos, inclusive o paradoxo do público do público”<sup>71</sup>. Sob a perspectiva da incorporação da fraternidade aos discursos analisados, atrelam-se os avanços e possibilidades no que se refere ao reconhecimento da saúde como bem comum da humanidade e na atuação dos Governos que defendem a democratização do acesso à saúde, ou seja, a consolidação de um sistema público de saúde (SUS) com acesso integral, universal e gratuito a todos os brasileiros.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que a fraternidade é/foi incorporada nos discursos de alguns Ministros da Saúde do Brasil em benefício da pauta sanitária ao longo do período analisado, principalmente, daqueles discursos que atentam, de forma democrática, para um olhar humano no âmbito social sanitário. Em contrapartida, percebe-se que há discursos, principalmente, aqueles orientados por lógicas neoliberais, em que a fraternidade é completamente ausente. Justamente, porque não há uma preocupação pelo bem comum de todos. Compreende-se que a fraternidade deve ser resgatada, colocada em prática, ao passo que não deve ser uma exceção, mas uma regra na sociedade atual.

A metateoria do direito fraterno de Eligio Resta aposta numa dimensão cosmopolita como possível tendência para a sociedade do presente e do futuro pois atrela à figura do cosmos a carga imprescindível de caráter universal dos Direitos Humanos e, ao mesmo tempo, descarta a lógica mercantilista do mercado neoliberal que viola direitos e da corrosão do capitalismo selvagem que produz racionalidades individualistas. Com isso, a dinâmica fraterna detém potencialidade de transformação do mundo real e de reconhecimento do direito à saúde como bem comum da humanidade, motivo pelo qual é uma via de acesso a efetivação do direito à saúde e de observação do paradoxo limite/possibilidade que conduz a evolução da humanidade por meio dela mesma.

## REFERÊNCIAS

---

<sup>70</sup> MACHADO, Clara. MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. *Revista Estudos Interinstitucionais*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 774-796, 2018. p. 776. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>. Acesso em 8 mar. 2021.

<sup>71</sup> STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. O município enquanto espaço de consolidação de direitos: a saúde como bem comum da comunidade. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 393-417, 2017. p. 405. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2364/1444>. Acesso em 7 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 set. 2020.

BRAVO, Inês Souza. PELAEZ, Elaine Junger. A saúde nos governos Temer e Bolsonaro: lutas e resistências. *Estado, Democracia e Saúde*. Brasília, v. 22, n. 46, p. 191–209, jan./jun. 2020. Disponível em: [https://periodicos.unb.br/index.php/SER\\_Social/article/view/25630/25147](https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/25630/25147). Acesso em 8 mar. 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *“Metodologia Fuzzi” e “Camaleões Normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CASTIEL, Luis David. O que é Saúde Pública? In: Biblioteca de Saúde Pública. Rio de Janeiro, [2021?]. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/bibsp/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=107>. Acesso em 8 ago. 2021.

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE. Manifesto do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde em defesa do direito universal à saúde – saúde é direito e não negócio. Rio de Janeiro, 18 jul. 2014. Disponível em: [http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/09/Manifesto\\_Cebes\\_Saúde\\_é\\_direito\\_e\\_não\\_negócio.pdf](http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/09/Manifesto_Cebes_Saúde_é_direito_e_não_negócio.pdf). Acesso em 2 mar. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA, Marcellus Polastri; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Temas atuais do direito: Estudos em homenagem aos 80 anos do curso de direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIORIN, José Luiz. *Em busca do sentido: estudos discursivos*. São Paulo: Contexto, 2008.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O novo no direito de Luis Alberto Warat: mediação e sensibilidade*. Curitiba: Juruá, 2018.

MACHADO, Clara. MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. *Revista Estudos Interinstitucionais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 774-796, 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>. Acesso em 8 mar. 2021.

MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Políticas de saúde no Brasil em tempos contraditórios: caminhos e tropeços na construção de um sistema universal. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 33, s. 2, p. 143-141, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v33s2/1678-4464-csp-33-s2-e00129616.pdf>. Acesso em 8 mar. 2021.

MADERS, Angelita Maria; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; ANGELIN, Rosângela. *Mulheres, vulnerabilidade e direito fraterno: (des)caminhos da violência à dignidade sexual e reprodutiva*. Porto Alegre: Fi, 2019.

MANDETTA, Luiz Henrique. Discurso de posse do Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/53718-discurso-do-ministro-da-saude-luiz-henrique-mandetta-transmissao-de-cargo>. Acesso em 8 mar. 2021.

MARTINI, Sandra Regina. STURZA, Janaína Machado. A dignidade humana enquanto princípio de proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais: o direito à saúde. In: *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Brasília, v. 6, n. 2, p. 25-41, abr./jun. 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/367/453>. Acesso em 7 mar. 2021.

MATTOS, Ruben Araújo de. Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde. *Interface: Comunicação, Saúde, Educação*. Botucatu, v. 13, s. 1, p. 771-780, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/GCvzrjvLB3rq8cnvRQpPC9H/?lang=pt>. Acesso em 9 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). Relatório 30 anos de SUS, que SUS para 2030? Brasília: OPAS. 2018. Disponível em: <http://saudeamanha.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/06/serie-30-anos-sus.pdf>. Acesso em 2 mar. 2021.

RESTA, Eligio; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARTINI, Sandra Regina. Direito e Fraternidade: a dignidade humana como fundamento. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 92-103, set./dez. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11364/6967>. Acesso em 8 mar. 2021.

RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em 7 mar. 2021.

SOUZA, Daniele. Direito fundamental à saúde: condição para dignidade humana. In: Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde. Rio de Janeiro, 7 dez. 2018. Disponível em: <https://www.icict.fiocruz.br/content/direito-fundamental-%C3%A0-sa%C3%BAde-condi%C3%A7%C3%A3o-para-dignidade-humana>. Acesso em 2 mar. 2021.

SOUZA, Renilson Rehem de. O Sistema Público de Saúde brasileiro. In: Seminário Internacional Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas, 2002, São

Paulo. *Anais eletrônicos*. São Paulo: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema\\_saude.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf). Acesso em 7 mar. 2021.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. O Direito Humano à saúde na Sociedade Cosmopolita: a saúde como bem da comunidade e ponte para a cidadania. In: MEZA, Juan Olivier Gomez; LIMA, Renata Albuquerque. *Teoria, filosofia, antropologia e história do direito*. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c7yrg601/3zyi731v/qti3VW5KDC6W5yOz.pdf>. Acesso em 8 mar. 2021.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. O município enquanto espaço de consolidação de direitos: a saúde como bem comum da comunidade. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 393-417, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2364/1444>. Acesso em 7 mar. 2021.

SUS: O que é? Leia mais PenseSUS. In: FIOCRUZ. Rio de Janeiro, [2021?]. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/sus>. Acesso em 2 de mar. 2021.

TEICH, Nelson. Discurso de posse. In: MAZUI, Guilherme; BARBIÉRI, Luiz Felipe. Nelson Teich toma posse como ministro na saúde. *G1*. Brasília, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/17/nelson-teich-toma-posse-como-ministro-na-saude.ghtml>. Acesso em 8 mar. 2021.

VIAL, Sandra Regina Martini; KÖLLING, Gabrielle. As dificuldades e os avanços na efetivação do direito à saúde: um estudo da decisão do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul x Município de Giruá. In: *Boletim da Saúde*. Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 13-24, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.boletimdasaude.rs.gov.br/conteudo/2852/as-dificuldades-e-os-avan%C3%A7os-na-efetiva%C3%A7%C3%A3o-do-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde:-um-estudo-da-decis%C3%A3o-conselho-regional-de-medicina-do-estado-do-rio-grande-do-sul-x-munic%C3%ADpio-de-giru%C3%A1>. Acesso em 2 mar. 2021.

VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. *Comparazione e Diritto Civile*. Salerno, v. 1, 2010.

VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde: Um Direito Fundado na Fraternidade. In: SANT'ANNA, Maria Josefina Gabriel. Saúde e direitos humanos. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman, a. 5, n. 5. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/3037.pdf#page=65>. Acesso em 3 mar. 2021.



Data de Recebimento: 20/10/2021.

Data de Aprovação: 06/03/2022.



## HIPERVULNERABILIDADE E INTERSECCIONALIDADES: UMA ANÁLISE SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA AMAZÔNIA

### HYPERVULNERABILITY AND INTERSECTIONALITIES: AN ANALYSIS ON THE GENDER VIOLENCE IN THE AMAZON

*Adriana Lo Presti Mendonça\**  
*Danielle de Ouro Mamed\*\**  
*Roger Luiz Paz de Almeida\*\*\**

#### RESUMO

O presente estudo busca discutir a questão da vulnerabilidade de gênero e a interseccionalidade como fatores que propiciam violências, tendo como foco as mulheres da Amazônia. A vulnerabilidade é entendida como uma concepção multidimensional que se refere a uma situação de fragilidade material e/ou moral de pessoas, ou grupos, ou que vivem em processo de exclusão social. Os resultados mostram que as mulheres da Amazônia, desde o processo de colonização são marcadas por estigmas, encontrando-se em processo de vulnerabilidade, tanto pelos processos históricos como pelos vários indicadores sociais formativos da região. Nesse sentido, observa-se que várias questões contribuem para as desigualdades e violências contra a mulher, inclusive no ambiente doméstico, ressaltando-se os fatores relacionados à interseccionalidade, que agravam o contexto analisado e podem caracterizar hipervulnerabilidade. O método utilizado para desenvolvimento do artigo é o dedutivo, partindo-se das questões gerais que envolvem o tema até chegar à problemática proposta, tendo-se como recursos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: hipervulnerabilidade; interseccionalidade; mulheres da Amazônia; violência doméstica.

#### ABSTRACT / RESUMEN

This study seeks to discuss the issue of gender vulnerability and intersectionality as factors that lead to violence, focusing on women in the Amazon. Vulnerability is understood as a multidimensional concept that refers to a situation of material and/or moral fragility of people, or groups, or those living in a process of social exclusion. The results show that women in the Amazon, since the colonization process, have been marked by stigmas, finding themselves in a process of vulnerability, both due to historical processes and to the various social indicators of the region. In this sense, it is observed that several issues contribute to inequalities and violence against women, including

□ Doutoranda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Advogada. Membro da Academia de ciências e Letras Jurídicas do Amazonas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3188967557464618>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3617-9861>. E-mail: [adrianalpmendonca@hotmail.com](mailto:adrianalpmendonca@hotmail.com).

□□ Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná com estágio pós-doutoral em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Contestado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/827285356949518>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7671-2499>. E-mail: [mamed.danielle@gmail.com](mailto:mamed.danielle@gmail.com).

□□□ Professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas. Pós-doutor pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Magistrado do Tribunal de Justiça do Amazonas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1665574109769437>. ORCID: [orcid.org/0000-0001-6711-8618](https://orcid.org/0000-0001-6711-8618). E-mail: [rogeralmeidax@gmail.com](mailto:rogeralmeidax@gmail.com).

---

in the domestic environment, emphasizing factors related to intersectionality, which aggravate the analyzed context and can characterize hypervulnerability. The method used to develop the article is the deductive one, starting from the general questions that involve the theme until reaching the proposed problematic, having as methodological resources the bibliographical and documental research.

Key-words: hypervulnerability; intersectionality; Amazon women; domestic violence.

## INTRODUÇÃO

Em um mundo repleto de desigualdades que acarretam o cerceamento dos mais diversos direitos fundamentais das pessoas, torna-se necessário o estudo de quais fatores concorrem para a vulnerabilização social, em especial nos grupos considerados mais propensos a tal processo, tais como as mulheres. Na região amazônica, ocupante de uma extensão de proporções continentais e dotada de inúmeras particularidades, as mulheres acabam sofrendo quadros de vulnerabilidade social que, no contexto em que se localizam, agravam a situação, justificando-se, portanto, a realização de estudos que identifiquem os fenômenos e apresentem soluções possíveis no campo do Direito. Nesse sentido, devem ser analisadas questões relacionadas como a interseccionalidade de fatores relevantes para tal vulnerabilização, que, associados, podem denotar um quadro de hipervulnerabilização.

Deste modo, busca-se com o presente estudo discutir as questões que envolvem a vulnerabilidade de gênero, com enfoque na interseccionalidade de fatores que concorrem para o seu agravamento, tendo como objeto de análise as mulheres da Amazônia. Para tratar adequadamente a proposta, tem-se como objetivos específicos: a) tratar dos conceitos relevantes à análise, tais como o conceito de vulnerabilidade e de interseccionalidade; b) aprofundar o estudo da questão da vulnerabilidade e do interesse do vulnerável a partir da literatura; c) apresentar as questões voltadas especificamente à vulnerabilidade de gênero; d) abordar a questão da violência doméstica como vulnerabilização às mulheres; e) analisar a situação de hipervulnerabilidade da mulher na Amazônia, trazendo como exemplificação, dados sobre a violência contra a mulher no interior do estado do Amazonas.

O método utilizado para desenvolvimento do artigo é o dedutivo, partindo-se das questões gerais que envolvem o tema até chegar à problemática proposta, tendo-se como recursos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental.

### Conceitos iniciais

Antes de adentrar ao tema, cumpre estabelecer algumas ideias conceituais iniciais que auxiliarão em sua compreensão. Tratar as questões de gênero sob o viés da vulnerabilidade, tal como será observado, pressupõe atender à complexidade da questão, que será trabalhada no enfoque da interseccionalidade. Ser mulher na Amazônia, em especial em localidades longínquas pode se tornar um fator de vulnerabilização não

apenas pela localização deste público, mas também pela junção de características que representam o aprofundamento dessa vulnerabilidade.

Assim, a palavra ‘vulnerabilidade’ pode abarcar muitos pontos de vista e situações, de modo que não há uma concepção atual do termo com rigor teórico, embora seja uma palavra bastante empregada<sup>1</sup>.

Conforme as Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, elaboradas durante a Cúpula Judicial Ibero-americana realizada em Brasília, no ano de 2008, consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude, perante o sistema de justiça, os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico<sup>2</sup>.

No rol de fatores que constituem causa de vulnerabilidade, destaca-se a de gênero atinente às mulheres, que nos termos do documento mencionado, pressupõe um obstáculo no acesso à justiça, como exclusão ou restrição baseada no sexo, que tenha por objeto ou resultado menosprezar ou anular o reconhecimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais da mulher nas esferas política, econômica, social ou em qualquer outra esfera<sup>3</sup>.

Quanto à interseccionalidade, trata-se de uma abordagem que considera a interação entre os marcadores sociais, que dizem respeito às junções de distintos fatores – vulnerabilidade, violência, discriminação, conhecidos como eixos de subordinação – que sinalizam espaços específicos de experiência na vida de cada pessoa ou grupo<sup>4</sup>.

Logo, debater de maneira interseccional favorece a realização de estudos mais precisos sobre causas e efeitos das desigualdades sociais em suas variadas combinações, proporcionando discussões e reflexões que possibilitam a compreensão da dinâmica da dominação social, auxiliando ainda no entendimento sobre como valores, ideologias e normas influenciam tanto as estruturas sociais quanto a constituição de identidade<sup>5</sup>.

Essas condições afetam sobremaneira as mulheres do interior do estado do Amazonas, que em sua maioria traz consigo uma história de sofrimento e de violência invisibilizada. Ivânia Vieira<sup>6</sup> afirma que as expressões mais frequentes para descrever as condições de vida das mulheres na Amazônia são abandono e descaso. “Ampliar direitos e assegurar o cumprimento das conquistas no interior amazônico ainda significam lidar

---

<sup>1</sup>MADEIRA, Camila Luce. *A vulnerabilidade de gênero revisitada a partir dos standards jurídicos nos julgados da corte interamericana de direitos humanos relacionados à discriminação contra a mulher*. Dissertação [Mestrado em Direito]. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br>. Acesso em 22/09/ 2020.

<sup>2</sup> PORTAL STF INTERNACIONAL. *Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade*. Disponível em: [www2.stf.jus.br](http://www2.stf.jus.br). Acesso em 22/09/ 2020.

<sup>3</sup>PORTAL STF INTERNACIONAL, *Op. cit.*, 2020.

<sup>4</sup>PERPÉTUO, Claudia Lopes. *O conceito de interseccionalidade: contribuições para a formação no ensino superior*. In.: V Simpósio Internacional em Educação Sexual, de 26 a 28 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.sies.uem.br/trabalhos/pdf>. Acesso em 02/10/2020.

<sup>5</sup>*Idem*.

<sup>6</sup>VIEIRA, Ivânia. *Sufrimento e violência descrevem a vida das mulheres ribeirinhas em diferentes partes do Amazonas*. Publicado em abril de 2015. Disponível em: <http://amazonia.org.br>. Acesso em 21/09/ 2020.

com impedimentos que separam e distanciam as mulheres de uma vida com dignidade”, conclui a autora.

Em meio a estas condições, muitas delas enfrentam a violência doméstica cuja superação é um enorme desafio imposto aos governantes e aos profissionais da área jurídica, apesar do avanço da cidadania, especialmente em decorrência das conquistas advindas dos movimentos feministas ocorridos nos últimos tempos, e de marcos regulatórios, ainda há muitos obstáculos culturais que atravancam a efetividade de instrumentos de proteção.

Isso demonstra a necessidade de se fortalecer políticas públicas de proteção às mulheres ribeirinhas da Amazônia, inserindo-as na categoria de pessoas com hipervulnerabilidade, ao lado daqueles que integram uma categoria mais fragilizada na sociedade. Como se verá, é inerente a mulher um tratamento jurídico diferenciado.

### **Vulnerabilidade e interesse do vulnerável: uma apresentação**

Vários fatores compõem a vulnerabilidade, que leva muitas vezes à exclusão e à discriminação social, gerando para essas pessoas carências de representatividade e oportunidade. Apontando aspectos históricos, Melkevik<sup>7</sup> lembra que em outros tempos, ‘vulnerabilidade’ fazia referência a pessoas que lutavam contra uma enfermidade de ordem física. Assim, o termo, referia-se à transmutação de antigas linguagens médicas.

Na atualidade, a referida palavra serve para designar um indivíduo em condição e/ou posição de subalternidade, que o torna mais frágil do que é ou deveria ser. Nas premissas de Melkevik, diante desses indivíduos, a sociedade costuma colocar ‘armadilhas’, ‘obstáculos’ e ‘barreiras’, que impedem a sua inclusão social. Portanto, a vulnerabilidade traz um aspecto central: a opacidade social, na qual, uma pessoa ao invés de ser protagonista, torna-se ‘destinatária’ de conceitos preconceituosos a respeito de sua situação no mundo<sup>8</sup>.

No parecer de Carvalho e Ávila<sup>9</sup>, dentre as várias facetas da vulnerabilidade, algumas têm reflexo global, como ameaças em setores econômicos e sociais que incluem a precarização do trabalho, as relações de consumo. Também, segundo a abordagem do autor, são vulneráveis indivíduos expostos a riscos e necessitados de proteção diferenciada em decorrência de gênero, etnia, raça, sexo, entre outras condições. No contexto das comunidades consideram-se vulneráveis os marginalizados pela pobreza, os historicamente alijados do processo produtivo e das participações políticas.

A qualificação dos indivíduos como populações vulneráveis reivindica a obrigatoriedade ética da sua defesa e proteção, para que não sejam maltratados e

---

<sup>7</sup> MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. *Ver. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, julho/dezembro, 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista>. Acesso em 22/10/2020.

<sup>8</sup>Ibid., p. 659.

<sup>9</sup> CARVALHO, José Lucas Santos; ÁVILA, Flávia de. A hipervulnerabilidade social do sujeito de direito a partir do estudo de caso da comunidade Carrilho, município de Itabaiana/Se. *Revista de Direito, Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Curitiba, v. 2, n. 2, julho/dezembro, 2016, p. 111. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index>. Acesso em 23/09/2020.

abusados, devendo isso ser assegurado pelo cumprimento de princípios éticos básicos, como o respeito, reconhecendo sua autonomia; a beneficência, mantendo o compromisso de maximizar os possíveis benefícios e minimizar os possíveis prejuízos, e a justiça, fomentando a equidade<sup>10</sup>.

No âmbito das ordenações brasileiras, o termo vulnerabilidade também ganhou espaço, com a lente do legislador voltada para a perspectiva dos mais fracos, que por inúmeras razões não possui condições iguais a do cidadão comum. A proteção legal agora a lente visualiza o indivíduo mais fragilizado e com necessidade de cuidados especiais. É sabido que, genericamente, toda pessoa apresenta vulnerabilidade, resultado de suas inseguranças, seus conflitos íntimos e sociais, que lhe geram problemas. Mas, há aquelas pessoas que são afetadas por vulnerabilidade circunstanciais que lhes provocam sofrimento<sup>11</sup>.

Assim, no Brasil, a categoria dos vulneráveis ganha cada vez mais atenção especial dos profissionais de Direito, especialmente a partir do processo de constitucionalização do direito operado pela Carta Republicana cujas mudanças, a partir da ampliação e do aprimoramento de justiça, trouxeram proteção diferenciada a grupos que sempre sofreram processo de marginalização. Frente a essa nova realidade, diversos teóricos do Direito dedicam-se à produção de estudos sobre microssistemas que tratam dos sujeitos de direitos vulneráveis, e grande tem sido o avanço da doutrina e da jurisprudência<sup>12</sup>.

### **A hipervulnerabilidade e a discriminação interseccional – conceitos**

Sustenta a doutrina que a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade de uma pessoa por circunstâncias pessoais. O prefixo hiper, do grego hyper faz alusão ao elevado grau (além do comum) e une-se ao termo vulnerável, remetendo a uma situação de enorme fragilidade, que ultrapassa a posição de mera fraqueza. Assim, pode-se dizer que a vulnerabilidade agravada leva à hipervulnerabilidade<sup>13</sup>.

A hipervulnerabilidade de uma pessoa pode ser vislumbrada em todas as situações sociais em que for possível constatar a sobreposição de vulnerabilidade, que colocam o indivíduo a maior exclusão. Estudos sobre diferentes categorias de discriminação a que são submetidas as pessoas revelam grupos sobrepostos de sujeitos a práticas sociais que contribuem para sua invisibilidade interseccional e à sua violência estrutural, ou seja, a

---

<sup>10</sup> NEVES, M. Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2, n. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966>. Acesso em: 23/09/2020.

<sup>11</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. *O conceito de vulnerabilidade no direito penal*, 2020. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 23/09/2020.

<sup>12</sup> CARVALHO, José Lucas Santos; ÁVILA, Flávia de, *Op. cit.*, p. 111.

<sup>13</sup> VIEGAS, João Ricardo Bet. A hipervulnerabilidade como critério para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 73-91, junho, 2019. Disponível em: [www.seer.ufrgs.br/ressevera](http://www.seer.ufrgs.br/ressevera). Acesso em 24/09/2020.



subordinação interseccional à qual certas pessoas estão submetidas mostra a dinâmica de marginalização de direitos<sup>14</sup>.

A configuração da interseccionalidade foi introduzida por Kimberlé Crenshaw, para enfatizar a existência de inúmeros eixos de desigualdade (raça, etnia, gênero, entre outros) que, tal qual uma avenida de uma grande cidade, seguem de maneira independente, contando, contudo, com múltiplas e variadas intersecções. Desse modo, as pessoas situadas entre diversos eixos (população LGBTQIA+, negros, povos indígenas, por exemplo) são passíveis de sofrerem a desigualdade de modo único e qualitativamente diferente<sup>15</sup>.

A conhecida analogia utilizada por Kimberlé Crenshaw, usando as ruas nos diversos sentidos (norte, sul, leste e oeste que se cruzam) servem para explicar os eixos da discriminação.

Pode-se pensar a discriminação racial como uma rua que segue de norte para o sul e que se cruza com a discriminação de gênero, como uma rua na direção leste e oeste. Os tráfegos, os carros que se locomovem na intersecção representam a discriminação ativa, as políticas contemporâneas que excluem indivíduos em função da sua raça e de seu gênero<sup>16</sup>.

A verdade é que a percepção das diversas formas de preconceitos considera não apenas os variados fatores que estimulam a discriminação, como também a interseccionalidade desse fenômeno ou a discriminação interseccional, na qual há presença simultânea de componentes de diferenciação injusta e prejudicial que produz novas e originais formas de segregação, desafiando a formulação de respostas jurídicas apropriadas<sup>17</sup>.

Analisando o conceito de discriminação interseccional, Silva<sup>182</sup> afirma que isso diz respeito a experiência da segregação como resultado da intersecção de inúmeros critérios identitários (vinculados a critérios proibidos de discriminação) em estrutura de subordinação.

O estudo da interseccionalidade é considerado como importante para o conhecimento e a prática jurídica, porque ao tornar visíveis situações discriminatórias não observadas, abre a possibilidade de visibilidade de indivíduos e de grupos geralmente ignorados, levando a maiores oportunidades de sucesso contra a discriminação. Ademais,

<sup>14</sup> CARVALHO, José Lucas Santos; ÁVILA, Flávia de, *Op. cit.* p. 121.

<sup>15</sup> ALONSO, Alba. A introdução da interseccionalidade em Portugal: Repensar as políticas de igualdade(s). *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 90, p. 24-43, julho, 2010. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs>. Acesso em 24/09/2020.

<sup>16</sup> ASSIS, Dayane N. Conceição de. *Interseccionalidades*. Salvador: UFBA, Instituto de Humanidades, Artes e Ciências; Superintendência de Educação a Distância, 2019, p. 24.

<sup>17</sup> RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 16, p. 11-37, janeiro/abril de 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/pdf>. Acesso em 24/09/2020.

<sup>18</sup> SILVA, Rodrigo Da. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: o direito brasileiro e as intersecções de raça, gênero e classe*. In.: X Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-graduação SEPesq, de 20 a 24 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2020.



com a interseccionalidade pode-se chegar a compreensão das relações de poder e de como ocorre o seu real funcionamento, de maneira que se consiga ir além da especificação formal de critérios proibidos de discriminação e de percepção matemática de fatores discriminatórios, tornando possível o melhor enfrentamento da desigualdade e dos preconceitos, sem deixar de considerar as subjetividades e as identidades dos sujeitos envolvidos. Nesse sentido, “a intersecção de diversos critérios (tais como raça, classe, gênero, religião, idade e orientação sexual) é reveladora de maneiras particulares de opressão e privilégios [...], possibilitando lidar de modo adequado com a realidade social que lhe desafia”<sup>19</sup>.

Tendo surgido a partir da força do movimento feminista da década de 1990, a interseccionalidade abaliza o paradigma teórico-metodológico da tradição feminista negra, possibilitando ações políticas e estudos jurídicos sobre a forma como o racismo, sexismo e violências correlatas se sobrepõem, discriminam e criam ônus singulares às mulheres negras, revelando como e quando essas mulheres sofrem discriminação e são posicionadas em avenidas identitárias, que as tornam vulneráveis à colisão das estruturas e fluxos modernos<sup>20</sup>.

### **Vulnerabilidade de gênero**

Como citado anteriormente, uma das causas de vulnerabilidade sofrida pela mulher é a de gênero, a exemplo da discriminação, que enseja no menosprezo ou no não reconhecimento de direitos humanos e liberdades fundamentais da mulher em qualquer esfera da sociedade.

Teorizando gênero, Scott<sup>21</sup> comenta que este se refere a um elemento constitutivo de relações sociais estabelecidas sobre as diferenças entre os sexos, que se baseiam em símbolos culturalmente disponíveis, e evocam representações simbólicas e mitos, sendo um dos primeiros modos de dar significado às relações de poder. No discurso de gênero, há uma construção da identidade do feminino e do masculino com o intuito de aprisionar homens e mulheres em limites historicamente prefixados.

Sob esta premissa, o gênero põe em evidência o dilema da diferença, a construção de desigualdades binárias, de distinção pretensamente natural, demonstra uma luta contra padrões consolidados por comparações nunca estabelecidas. Como resultado, a mulher acaba assumindo uma existência social separada de seu relacionamento conceitual historicamente situado como ocorre com a categoria ‘homem’<sup>22</sup>, que tem mais possibilidade de ação, mais liberdade de escolhas do que as mulheres, embora exercida sob rígidos padrões<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da, *Op. cit.*, p. 22.

<sup>20</sup> AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Pólen, 2019.

<sup>21</sup> SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Tradução Guacira Lopes Louro. *Revista Educação & Realidade*, v. 15, n. 2, julho/dezembro de 1990, p. 135.

<sup>22</sup> *Idem*, 1990.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 139.

A manutenção dos estereótipos associados à concepção de gênero torna natural as desigualdades entre as pessoas de sexos diferentes, assim como a subalternidade entre eles. Trata-se de um grupo de crenças a respeito dos comportamentos e características que produzem dois grupos padronizados. Primeiro o de papéis de gênero, que rotulam as atividades mais adequadas aos homens e as que se adequam às mulheres. Segundo o de traços de gênero, que remetem a atributos psicológicos conferidos, distintamente, a cada categoria. Conforme esses estereótipos, aos homens cabem as atividades relacionadas à esfera pública e ao trabalho remunerado, bem como também a tomada de decisões relativas à manutenção socioeconômica da família, cabendo à mulher a esfera doméstica, a responsabilidade pela organização do cotidiano familiar, o cuidado com os filhos, com a saúde e educação<sup>24</sup>.

Crenshaw<sup>25</sup>, perpassando um olhar sobre as diferenças de gênero comenta que a lógica da incorporação de categorias, ou seja, a perspectiva que foca a diferença em nome de uma maior inclusão, pode ser aplicada tanto às distinções entre homens e mulheres quanto entre as próprias mulheres, havendo um reconhecimento de que o tratamento concomitante das várias diferenças que caracterizam os problemas e dificuldades de grupos de mulheres pode ocorrer de modo a obscurecer ou negar a proteção aos direitos humanos que todas merecem ter.

Assim como é verdadeiro o fato de que todas as mulheres estão, de algum modo, sujeitas ao peso da discriminação de gênero, também é verdade que outros fatores relacionados as suas identidades sociais, tais como classe, casta, raça, cor, etnia, religião, origem nacional e orientação sexual, 'são diferenças que fazem a diferença' na forma como vários grupos de mulheres vivem a discriminação. Tais elementos diferenciais podem criar problemas e vulnerabilidades exclusivos de subgrupos específicos de mulheres, ou que afetem desproporcionalmente apenas algumas mulheres<sup>26</sup>.

Nesta tessitura, os valores também surgem como condições fundamentais da diferença. As mulheres, por exemplo, difeririam dos homens por cultuarem valores como atenção e cuidado com o outro, proteção à vida, valorização da intimidade e do afeto etc. Por outro lado, aos homens cabe o discurso da dominação. Nesse embate, as mulheres, por serem sensíveis, intuitivas e simpáticas, sentem-se afetadas pelo sentimento de diferenciação em que mergulham, vendo-se obrigadas a confrontar seu modo de ser com o modo de ser masculino, marcado por agressividade, competitividade, objetividade e eficiência<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> PIOSIADLO, Laura Christina Macedo; FONSECA, Rosa Maria Godoy *Serpa* da; GESSNER, Rafaela. Subalternidade de gênero: refletindo sobre a vulnerabilidade para violência doméstica contra a mulher. *Revista Escola Anna Nery*, v. 18, n. 4, p. 728-733, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ean/pdf>. Acesso em 22/09/2020.

<sup>25</sup> CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da Discriminação racial relativos ao gênero. *Estudos Feministas*, ano 10, 1º semestre de 2002. Tradução Liane Schneider. Disponível em: [www.wuceh.addr.cin/wcar\\_docs/crenshaw.html](http://www.wuceh.addr.cin/wcar_docs/crenshaw.html). Acesso em 25/09/2020.

<sup>26</sup> CRENSHAW, Kimberlé, *Op.cit.*, p. 173.

<sup>27</sup> ARAÚJO, Maria de Fátima. Diferença e igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate. *Revista Psic. Clin., Rio de Janeiro*, v.17, n.2, p.41/52, 2005.

Segundo Colling<sup>28</sup>, a mulher, ao internalizar a discriminação de maneira natural, sente dificuldade de romper com a imagem de desvalorização de si mesma e acaba por aceitar a sua condição de subordinação, enxergando-se por meio da visão masculina, o que leva a incorporar e retransmitir sua própria imagem conforme a cultura que a discrimina.

Em meio a tudo isso emerge o grande entrave do discurso feminino que ao “levantar a bandeira da igualdade na diferença e propor uma valorização do feminino”, acaba despencando “no velho dualismo feminismo/masculino, atribuindo valores e características diferentes para cada sexo”. Desse modo, ao universalizar essas diferenças, acaba-se por obscurecer outras possibilidades para que homens e mulheres se diferenciem dos modelos rígidos e estereotipados, visto que as muitas características atribuídas a esse padrão nem sempre são determinadas pelo gênero, mas sim influenciadas pela cultura, educação e peculiaridades individuais de personalidade. Exemplo disso é que nem todos os homens são agressivos, da mesma forma que nem todas as mulheres são inseguras e pouco agressivas<sup>29</sup>.

De qualquer forma, a relação entre gênero que ainda hoje se caracteriza pela opressão e submissão da mulher, não pode ser tratada como fato ‘natural’, mesmo que a naturalização da servidão feminina tenha perdurado por séculos, sido potencializada no decorrer dos milênios, por meio dos mitos que reforçam o papel de submissão imposto às mulheres<sup>30</sup>.

Mas, há que se reconhecer que a desconstrução da identidade submissa e oprimida da mulher é um processo em andamento, haja vista que a situação de muitas delas melhorou significativamente e muitos direitos foram conquistados, como se verá adiante. Não obstante, sabe-se que ainda há muitas questões a serem superadas na seara da efetividade dos direitos das mulheres.

### **Proteção jurídica da mulher em três níveis (constitucional, legislativa e convencional): um panorama**

No âmbito jurídico-constitucional, destaca-se a Constituição de 1934, que contemplou pela primeira vez, conjuntamente com o Código Eleitoral, o voto feminino e a permissão para que as mulheres ocupassem espaço público, mudanças que ainda detinham um caráter androcêntrico. Com a Carta de 1988, os avanços foram bem mais expressivos, pois a partir dessa Constituição surgiram leis com a finalidade de regradar a igualdade, punir a discriminação e a violência baseada em sexo e a afronta a direitos fundamentais das mulheres<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> COLLING, Ana Maria. Gênero e História: Um diálogo possível? *Contexto Educação*, Ano 19, n. 71/72, janeiro/dezembro de 2004, p. 29-43.

<sup>29</sup> ARAÚJO, Maria de Fátima, *Op. cit.*, 4.

<sup>30</sup> MANDERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. A construção da equidade nas relações de gênero e o movimento feminista no Brasil: avanços e desafios. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 10, n. 19, julho/dezembro, 2010.

<sup>31</sup> VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*: Pequim, 1995. Publicado em fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br>. Acesso em

Na área legislativa, sobressaem a Lei n.º 11.340/2006<sup>32</sup> (Lei Maria da Penha), que garantiu uma proteção mais objetiva e rígida para tratar da violência doméstica contra as mulheres, e a Lei n.º 13.104/2015<sup>33</sup> (Lei do Feminicídio), que provocou alteração no Código Penal brasileiro, qualificando o crime de ódio contra mulher como hediondo, infração que antes se enquadrava em crime de menor potencial ofensivo.

A Lei Maria da Penha notifica, em seus artigos, a atuação conjunta entre Poderes e instituições. Trouxe muitas inovações, em seu primeiro artigo, a norma dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabelecendo medidas de assistência e proteção à mulher, percebendo-se com isso um esforço do legislador de efetivar os direitos previstos na Constituição de 1988.

A Lei n.º 13.104/2015, por sua vez, alterou o artigo 121 do Código Penal de 1940, ao tipificar o homicídio cometido especificamente contra as mulheres, visando coibir a impunidade e ressaltar a responsabilidade do Estado, que por muito tempo, por ação ou omissão, mostrou-se conivente com a persistência da violência contra as mulheres<sup>34</sup>.

A Lei do Feminicídio foi criada a partir de uma recomendação da Comissão Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI-VCM), que investigou casos de violência nos estados brasileiros, entre março de 2012 e julho de 2013. A princípio, a proposta de lei, defendia o feminicídio como forma extrema de violência de gênero, que resulta na morte da mulher, indicando como condições possíveis a existência de relação íntima de afeto ou parentesco entre o autor do crime e a vítima, a prática de qualquer ato de violência sexual contra a vítima; mutilação ou desfiguração da mulher, antes ou após a morte<sup>35</sup>.

Além dessas normas pode-se apontar também:

---

20/09/2020. COELHO, Renata. *A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira – Breves notas para marcar o dia 24 de fevereiro, quando publicado o Código Eleitoral de 1932 e os 90 anos do voto precursor de Celina Viana*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/pdf>. Acesso em 03/10/2020. SILVA, Salete Maria da. Constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no direito. *Revista Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 01, n. 01, p. 59-69, outubro, 2012.

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 03/10/2020.

<sup>33</sup> BRASIL. *Lei nº 13.140, de 09 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm). Acesso em 03/10/2020.

<sup>34</sup> SANEMATSU, Débora Prado e Marisa (Org.). *Feminicídio #InvisibilidadeMata*. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

<sup>35</sup> SANEMATSU, Debora Prado e Marisa, *Op. cit.*, 2017.

- A Lei n.º 10.778/2003<sup>36</sup> que fixou obrigação de notificação compulsória de casos de violência contra a mulher atendida em serviços de saúde (públicos ou privados), em todo o território nacional, mantendo total sigilo das informações e da identidade da vítima. Por meio dessa notificação pode-se realizar mapeamento das violências que atingem as mulheres e de suas proporções, possibilitando desenvolvimento de ações de prevenção.

- A Lei n.º 12.845/2013<sup>37</sup>, conhecida como “Lei do Minuto Seguinte”, preconiza que qualquer vítima de violência sexual pode buscar atendimento emergencial, integral e gratuito na rede pública de saúde, sem a necessidade de mostrar boletim de ocorrência ou qualquer outra prova do abuso sofrido. Contudo, trata-se de legislação pouco conhecida, carecendo, portanto, de maior informação, cuja ausência faz com que as vítimas ao procurarem as unidades do Sistema Único de Saúde (SUS), não tenham um atendimento adequado.

- Lei n.º 13.239/2015<sup>38</sup>, que possibilita a mulher vítima de atos de violência realizar cirurgia plástica reparadora, de forma gratuita, das sequelas de lesões sofridas.

No âmbito internacional, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1979, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através de sua aprovação pelo Decreto n.º 93/1983, e promulgado pelo Decreto n.º 89.406/1984<sup>39</sup>. Tendo como objetivo a obrigação de promover a eliminação da discriminação e assegurar a igualdade de gênero.

Com efeito, as conferências também representam marcos importantes. Tal como a IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, realizada em Pequim em setembro de 1995, que apresentou número expressivo de participantes, avanços conceituais e programáticos<sup>40</sup>.

Há que se citar também a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, que permanece sendo referência ao entendimento sócio jurídico da norma e dimensionamento de sua eficácia, havendo uma retroalimentação constante entre o horizonte geral da Convenção e as particularidades

---

<sup>36</sup> BRASIL. *Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003*. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.778.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.778.htm). Acesso em 02/10/2020.

<sup>37</sup> BRASIL. *Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm). Acesso em: 03/10/2020.

<sup>38</sup> BRASIL. *Lei nº 13.239, de 30 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a oferta e a realização, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, de cirurgia plástica reparadora de sequelas de lesões causadas por atos de violência contra a mulher. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13239.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13239.htm). Acesso em 03/10/2020.

<sup>39</sup> MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional aos direitos da mulher. *Revista da Emerj*, v. 3, n. 11, 2000. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj/pdf>. Acesso em 24/09/2020.

<sup>40</sup> VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro, *Op. cit*, p. 148.



estabelecidas e vivenciadas no contexto de cada estado, no que diz respeito ao tema mulher e violência<sup>41</sup>.

Apesar de todas as ações e decisões nacionais e internacionais, a violência doméstica, avaliada como uma ofensa à dignidade humana e uma das mais cruéis manifestações de poder continua a assombrar muitas mulheres. Processo complexo e multidimensional que perpassa todos os países, expressando-se de forma específica, em espaços e tempos diferenciados<sup>42</sup>.

### **A violência doméstica como fator de hipervulnerabilidade e as influências de fatores interseccionais**

A violência é definida pela Organização Mundial da Saúde, como um grave problema de saúde pública, além de constituir uma violação aos direitos humanos, visto que é uma ameaça à vida e à integridade, provocando enfermidade e morte como realidade ou como possibilidade próxima, sendo também uma questão política, cultural, policial e jurídica.<sup>1</sup>

É crescente o número de mulheres violentadas. Nos últimos 12 meses, 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento no Brasil, enquanto 22 milhões (37,1%) de brasileiras passaram por algum tipo de assédio. No âmbito familiar, a situação não difere: do total, 42% de casos de violência acontecem em casa<sup>43</sup>.

A violência doméstica representa uma das principais causas de assassinatos e doenças incapacitantes de mulheres, ao ponto de ser considerada epidemia global pela Organização das Nações Unidas (ONU). Porém, ainda que se trate do tipo mais generalizado de abuso dos direitos humanos no mundo, provocada por companheiros violentos, denotando um padrão repetitivo de controle e dominação, ocorrendo de variadas formas como murros, tapas, chutes, surras, tentativa de estrangulamento, queimaduras e ameaças, é o menos reconhecido<sup>44</sup>.

O ciclo da violência doméstica engloba três fases centrais, quais sejam: a do aumento da tensão, a do ataque violento ou do episódio de violência, e a de apaziguamento ou 'lua-de-mel'. Nesta fase, muitas mulheres acabam se reconciliando com seus agressores (marido ou companheiro) e, acreditando que eles vão mudar, mantêm o relacionamento. Outras vezes, a mulher não sabe como sair da situação e vai paulatinamente aceitando a submissão.

---

<sup>41</sup> BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 232, n. 2, maio/agosto de 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 06/10/2020.

<sup>42</sup> BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de, *Op. cit.*

<sup>43</sup> BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de, *Op. cit.* / BERNARDES, Márcia Nina; ALBUQUERQUE, Mariana Imbelloni Braga. Violências Interseccionais silenciadas em Medidas Protetivas de Urgência. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 15, p. 715-740, 2016.

<sup>44</sup> DAY, Vivian Peres *et al.* Violência doméstica e suas diferentes manifestações. *Revista Psiquiatria*, v. 25, suplemento 1, p. 9-21, abril, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rprs>. Acesso em 03/10/2020.



O “ciclo da violência” é vivido pela vítima com um misto de medo, esperança e amor. A primeira das três fases do ciclo da violência é a fase mais prolongada, a última a mais curta e, em situações de violência continuada, tende mesmo a desaparecer. Na maioria dos casos, oferecer resistência ou responder agressivamente tende a produzir uma escalada na violência em vez de a suspender<sup>45</sup>.

Embora a violência no ambiente doméstico seja difícil de ser reconhecida, dado que é silenciada pelo temor das vítimas, a hipervulnerabilidade é um de seus fatores de risco, mulheres em situação de maior fragilidade encontram-se mais expostas a este tipo de agressão, normalmente associada a fenômenos negativos de vida como pobreza, desemprego, alcoolismo, estresse exacerbado, entre outros.

Uma vez que a violência doméstica contra a mulher encontra-se relacionada a inúmeros fatores, esta situação sem dúvida exige uma abordagem interseccional estrutural, que é aquela que segundo Crenshaw<sup>46</sup>, corresponde à posição da mulher na intersecção da raça e do gênero, e as formas de respostas a tais fenômenos. Ou seja, a interseccionalidade possibilita uma compreensão maior sobre as condições de vida da mulher (especialmente a mulher negra) e sobre os elementos que servem de arcabouço para a desigualdade.

Nas premissas de Salgado<sup>47</sup>, a identificação da mulher negra na intersecção entre raça e gênero, faz com que suas experiências alusivas à violência doméstica não sejam as mesmas das mulheres brancas, embora não se possa classificar as opressões como mais ou menos desumanizantes ou prejudiciais.

Sumarizando, a noção de interseccionalidade ganha importância neste campo porque as dinâmicas das relações sociais e as articulações entre as opressões que afetam as mulheres negras mostram uma complexidade. Neste sentido, uma dedução possível é que elas têm sido menos beneficiadas pelos mecanismos de proteção do que as fenotipicamente brancas, condição que acaba fortalecendo o privilégio racial, e aprofundando as desigualdades entre as mulheres. Conforme Oliveira, os dados demonstram necessário debate sobre opressão de mulheres negras no Poder Judiciário e o privilégio do acesso à justiça por mulheres brancas.<sup>8</sup>

A situação sem dúvida é crítica e dentro do próprio Brasil, há uma região em condição de maior vulnerabilidade: a Amazônia, que se encontra em desvantagem em vários indicadores sociais e esses aspectos fazem com que a condição de vida das mulheres seja pior que no restante da federação<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> MASSENA, Ana *et al.* *Violência Doméstica – Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016, p. 14.

<sup>46</sup> CRENSHAW, Kimberlé, *Op.cit.*, 2020.

<sup>47</sup> SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. Violência feminicida: uma abordagem interseccional a partir de gênero e raça. *Revista de Gênero Sexualidade e Direito*, junho, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication>. Acesso em 12/10/2020.

<sup>48</sup> CHAVES, Fabiana Nogueira; CÉSAR, Maria Rita de Assis. O silenciamento histórico das mulheres da Amazônia brasileira. *Extraprensa*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 138/156, janeiro/junho, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/extraprensa/article>. Acesso em 22/10/2020.

## A hipervulnerabilidade da mulher no interior do Amazonas: há interseccionalidade?

As condições de vida e a presença do Estado no interior do Amazonas são sui generis quando comparadas ao restante das zonas rurais brasileiras. Nesse sentido, a autora Flávia Cunha destaca as condições de vida da população de duas cidades brasileiras: Tabatinga e Benjamin Constant, que podem ser demonstradas a título ilustrativo. Trata-se de regiões que somam 350 comunidades, com mais de 76 mil indígenas e cuja proximidade das aldeias com as cidades transformaram as terras indígenas em bairros de periferia. São regiões pobres nas quais a mulher ainda é vista como um objeto de serventia ao homem<sup>49</sup>.

O fato é que a problemática envolvendo vulnerabilidade e interseccionalidade atinge sobremaneira a mulher da Amazônia marcada por estigmas desde o processo de colonização. Conforme Lopes e Rocha<sup>50</sup>, na Amazônia, os variados mecanismos de controle da vida e comportamento, incluindo moral, tabus, preconceitos, foram construídos com enorme força no decorrer do século XX, e de maneira coercitiva e eficaz. Se a desigualdade de gênero foi marcante em todas as regiões do país, na Região Norte, afirmam as autoras, não foi diferente.

No tempo da exploração da borracha, a sociedade era marcada pelo patriarcado e pela violência contra a mulher, como um fenômeno cultural e, inclusive, de forma institucionalizada pelo Estado:

Na cultura do seringal as mulheres não passavam de uma mercadoria de luxo, podiam ser traficadas, vendidas, encomendadas, pegadas nas matas se fossem indígenas, ou roubadas. No seringal, ser mulher era pertencer a um homem. Era obedecer. Era não poder traçar os rumos de sua própria história<sup>51</sup>.

Em tempos atuais, cerca de 12 milhões de mulheres que habitam a Amazônia brasileira pertencem à classe subalterna. O grau de vulnerabilidade dessas mulheres é alto por serem caracterizadas como mestiças, negras, indígenas e ribeirinhas, triplamente silenciadas, espoliadas pela lógica capitalista cujos corpos são confundidos com mercadorias ou propriedade<sup>52</sup>, já que mulheres com tais características foram historicamente marginalizadas.

Informações oficiais da Secretaria Executiva Adjunta de Inteligência (Seai), vinculada à Secretaria de Segurança Pública (SSP-AM) revelam que no Estado do Amazonas, de janeiro a julho de 2019, 68.331 crimes foram cometidos tendo a mulher como vítima. O número apresentado é 20% maior do que o registrado no mesmo período do ano de 2018, quando foram contabilizados 11.443 crimes de violência contra a mulher.

---

<sup>49</sup> CUNHA, Flávia Melo da. *Amazônia: o lugar onde a Lei Maria da Penha ainda não chegou e a violência contra a mulher é invisível*, 2016. Disponível em: <https://amazonia.org.br>. Acesso em 20/10/2020.

<sup>50</sup> LOPES, Margarete Edul Prado de Souza; ROCHA, Flavia. *Feminismo na Amazônia: memórias de história e literatura das mulheres*. In.: VII Seminário Internacional Mulher e Literatura. De 14 a 16 de setembro, Universidade de Caxias do Sul, 2025. Disponível em: <https://www.uces.br/site/midia/arquivos/pdf>. Acesso em 18/10/2020.

<sup>51</sup> CHAVES, Fabia Nogueira; CÉSAR, Maria Rita de Assis, *Op. cit.* p. 149.

<sup>52</sup> *Ibidem*, 2019.

Com relação à violência doméstica, nos primeiros sete meses do referido ano, os casos somaram 15.199<sup>53</sup>.

Logo, além de situação de hipervulnerabilidade, a questão da interseccionalidade que cria uma configuração de violência e discriminação agravada e potencializada, é bem visível na região, afetando grandemente as mulheres indígenas, que também sofrem sucessivas formas de discriminação, tendo como resultado, a violação de seus direitos humanos em todos os âmbitos de sua vida cotidiana, e a exclusão social que aumenta a sua invisibilidade.

Na luta pela manutenção de sua identidade, a realidade mostra que as mulheres indígenas precisam percorrer caminhos nos quais enfrentam as desigualdades inerentes ao gênero feminino, além da difícil tarefa de conciliar a luta contra a discriminação e o racismo que elas e seu povo vivenciam, como a oposição interna no grupo familiar, que entra muitas vezes em choque com sua condição de mulher. Isto é, as mulheres indígenas travam batalha social contra a discriminação por ser indígena e o combate interno por ser mulher<sup>54</sup>.

Neste contexto encontram-se as representações das mulheres indígenas contidas nos mitos e relatos de seu povo, nos quais a imagem misógina da feminilidade indígena as mantêm subordinadas à figura masculina, havendo, na atualidade uma continuidade dessas representações que revelam essas mulheres como necessitadas e repletas de problemas, carentes de opções e congeladas no espaço-tempo<sup>55</sup>, vulneráveis a diversos tipos de violência.

A violência contra as mulheres indígenas, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>56</sup> está fortemente vinculada às formas contínuas e interseccionais de discriminação que elas enfrentam. Contudo, especificamente neste caso, há marginalização no processo de construção de gênero, assunto considerado tabu entre essas populações, que demonstram constrangimento em externar opinião sobre a questão<sup>57</sup>.

Enfim, as mulheres na Amazônia e no Estado do Amazonas, indígenas, ou não, encontram-se expostas a todo tipo de discriminação e violência, e na maioria das vezes, carentes de informações que poderiam ajudá-las em seu processo de empoderamento. São mulheres esquecidas pelas políticas públicas e que precisam de espaço para refletir

---

<sup>53</sup> JORNAL A CRÍTICA. *Amazonas registra mais de 68,3 mil crimes contra mulheres em 2019*. Disponível em: <https://www.acritica.com>. Acesso em 20/10/2020.

<sup>54</sup> SACCHI, Ângela; GRAMKOW, Márcia Maria. (Orgs.). *Gênero e povos indígenas: coletânea de textos produzidos para o "Fazendo Gênero 9" e para a "27ª Reunião Brasileira de Antropologia"*. Brasília/Rio de Janeiro: Museu do Índio/FUNAI, 2012.

<sup>55</sup> SACCHI, Ângela; GRAMKOW, Márcia Maria, *Op. cit.*, 2012.

<sup>56</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Mulheres Indígenas*. In.: Relatório "As Mulheres Indígenas e seus Direitos Humanos nas Américas" da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf>. Acesso em 23/10/2020.

<sup>57</sup> RELATÓRIO TÉCNICO. *Avaliação qualitativa sobre violência e HIV entre mulheres e meninas indígenas – Alto Solimões, Amazonas*. Programa de Voluntários das Nações Unidas (UNV), 2017. Disponível em: <http://onusidalac.org/1/images/Relatorio-Tecnico-Violencia-e-Mulheres-Indigenas.pdf>. Acesso em 28/10/2020.

sobre si mesmas e encontrar soluções íntimas para a questão do silenciamento histórico e violento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou discutir sobre a vulnerabilidade de gênero e acerca da interseccionalidade, em relação às mulheres da Amazônia. Com base no exposto, verificou-se que a mulher é colocada em condições de desvalorização, impingindo-lhe passividade diante de sua realidade de subordinação, incorporando a imagem criada pela sociedade que a discrimina e contribui para sua invisibilidade interseccional, e geram novas e originais condições de segregação, desafiando a formulação de respostas jurídicas apropriadas.

Pensando a problemática para as mulheres da Amazônia, que desde o processo de colonização são marcadas por estigmas, sua condição de vulnerabilidade, inclusive quanto à violência doméstica é aumentada, tanto pelos processos históricos formativos da região, como pelos vários indicadores sociais que colocam a Amazônia em desvantagens com relação aos outros estados brasileiros. As mulheres mestiças, negras, ribeirinhas e indígenas, conforme observado, são historicamente expostas a variadas formas de discriminação e violência, tanto fora quanto dentro de sua comunidade.

Mas não se pode deixar de reconhecer que o desmonte da imagem submissa e oprimida da mulher é processo em andamento, sobretudo no aspecto normativo, através da previsão da equidade entre gênero e de direitos civis entre homens e mulheres, firmados na Constituição de 1988, além das infraconstitucionais que buscam combater diretamente a violência contra a mulher. Contudo, à guisa de conclusão, se a luta empreendida pelas mulheres ao longo dos tempos, resultou em conquistas irreversíveis, inúmeros são os obstáculos em que muitas mulheres ainda tropeçam: ainda são realidade as práticas cotidianas que as fragilizam, as realidades humilhantes, as desigualdade sociais e de gênero estruturais e a violência no ambiente doméstico, fatores estes que persistem, agravam-se e revelam-se como aspectos principais alusivos à hipervulnerabilidade que caracteriza a mulher amazônica.

## REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Pólen, 2019.

ALONSO, Alba. A introdução da interseccionalidade em Portugal: Repensar as políticas de igualdade(s). *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 90, p. 24-43, julho, 2010. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs>. Acesso em 24/09/2010.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Diferença e igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate. *Revista Psic. Clin.*, Rio de Janeiro, v.17, n.2, p.41/52, 2005

ASSIS, Dayane N. Conceição de. *Interseccionalidades*. Salvador: UFBA, Instituto de Humanidades, Artes e Ciências; Superintendência de Educação a Distância, 2019.

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 232, n. 2, maio/agosto de 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 06/10/2020.

BERNARDES, Márcia Nina; ALBUQUERQUE, Mariana Imbelloni Braga. Violências Interseccionais silenciadas em Medidas Protetivas de Urgência. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 15, p. 715-740, 2016.

BRASIL. *Manual para Atendimento às Vítimas de Violência na Rede de Saúde Pública do Distrito Federal*. Brasília: Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, 2008.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em 03/10/2020.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 09 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm). Acesso em 03/10/2020.

BRASIL. *Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003*. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.778.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.778.htm). Acesso em 02/10/2020.

BRASIL. *Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm). Acesso em: 03/10/2020.

BRASIL. *Lei nº 13.239, de 30 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a oferta e a realização, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, de cirurgia plástica reparadora de sequelas de lesões causadas por atos de violência contra a mulher. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13239.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13239.htm). Acesso em 03/10/2020.

CHAVES, Fabiana Nogueira; CÉSAR, Maria Rita de Assis. O silenciamento histórico das mulheres da Amazônia brasileira. *Extraprensa*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 138/156,



janeiro/junho, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/extraprensa/article>. Acesso em 22/10/2020.

CARVALHO, José Lucas Santos; ÁVILA, Flávia de. A hipervulnerabilidade social do sujeito de direito a partir do estudo de caso da comunidade Carrilho, município de Itabaiana/Se. *Revista de Direito, Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais, Curitiba*, v. 2, n. 2 | p. 110/129, julho/dezembro, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index>. Acesso em 23/09/2020.

COELHO, Renata. *A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira* – Breves notas para marcar o dia 24 de fevereiro, quando publicado o Código Eleitoral de 1932 e os 90 anos do voto precursor de Celina Viana. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/pdf>. Acesso em 03/10/2020.

COLLING, Ana Maria. *Gênero e História: Um diálogo possível?* Contexto Educação, Ano 19, n. 71/72, janeiro/dezembro de 2004, p. 29-43.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Mulheres Indígenas. In.: *Relatório “As Mulheres Indígenas e seus Direitos Humanos nas Américas” da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)*, 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf>. Acesso em 23/10/2020.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da Discriminação racial relativos ao gênero. *Estudos Feministas*, ano 10, 1º semestre de 2002. Tradução Liane Schneider. Disponível em: [www.wuceh.addr.cin/wcar\\_docs](http://www.wuceh.addr.cin/wcar_docs). Acesso em 25/09/2020.

DAY, Vivian Peres et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. *Revista Psiquiatria*, v. 25, suplemento 1, p. 9-21, abril, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rprs>. Acesso em 03/10/2020.

JORNAL A CRÍTICA. *Amazonas registra mais de 68,3 mil crimes contra mulheres em 2019*. Disponível em: <https://www.acritica.com>. Acesso em 20/10/2020.

LOPES, Margarete Edul Prado de Souza; ROCHA, Flavia. Feminismo na Amazônia: memórias de história e literatura das mulheres. In.: *VII Seminário Internacional Mulher e Literatura*. De 14 a 16 de setembro, Universidade de Caxias do Sul, 2025. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/pdf>. Acesso em 18/10/2020

MADEIRA, Camila Luce. *A vulnerabilidade de gênero revisitada a partir dos standards jurídicos nos julgados da corte interamericana de direitos humanos relacionados à discriminação contra a mulher*. Dissertação [Mestrado em Direito] Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br>. Acesso em 22/09/2020.

MANDERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. A construção da equidade nas relações de gênero e o movimento feminista no Brasil: avanços e desafios. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 10, n. 19, p. 91-115, julho/dezembro, 2010.

MASSENA, Ana et al. *Violência Doméstica – Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 641/673, julho/dezembro, 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista>. Acesso em 22/09/2020.

MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional aos direitos da mulher. *Revista da Emerj*, v. 3, n. 11, 2000. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj/pdf>. Acesso em 24/09/2020.

NEVES, M. Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2, n. 2006. Disponível em: [periodicos.unb.br](http://periodicos.unb.br). Acesso em 23/09/2020.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. Qual a classe, a cor e o gênero da justiça? Reflexões sobre as (im)possibilidades de combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres negras pelo poder judiciário brasileiro. *Revista Mediações*, Londrina, v. 21, n. 1, p. 103-123, julho/dezembro de 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. *O conceito de vulnerabilidade no direito penal*, 2020. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 23/09/2020.

PERPÉTUO, Claudia Lopes. O conceito de interseccionalidade: contribuições para a formação no ensino superior. In.: *V Simpósio Internacional em Educação Sexual*, de 26 a 28 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.sies.uem.br/trabalhos/pdf>. Acesso em 02/10/2020.

PIOSIADLO, Laura Christina Macedo; FONSECA, Rosa Maria Godoy Serpa da; GESSNER, Rafaela. Subalternidade de gênero: refletindo sobre a vulnerabilidade para violência doméstica contra a mulher. *Revista Escola Anna Nery*, v. 18, v. 4, p. 728-733, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ean/pdf>. Acesso em 22/09/2020.

PORTAL STF INTERNACIONAL. *Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade*. Disponível em: [www2.stf.jus.br](http://www2.stf.jus.br). Acesso em 22/09/2020.

RELATÓRIO TÉCNICO. *Avaliação qualitativa sobre violência e HIV entre mulheres e meninas indígenas – Alto Solimões, Amazonas*. Programa de Voluntários das Nações Unidas (UNV), 2017. Disponível em: <http://onusidalac.org/1/images/Relatorio-Tecnico-Violencia-e-Mulheres-Indigenas.pdf>. Acesso em 28/10/2020.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 16, p. 11-37, janeiro/abril de 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbc/pol/pdf>. Acesso em 24/09/2020.

SACCHI, Ângela; GRAMKOW, Márcia Maria. (Orgs.). *Gênero e povos indígenas: coletânea de textos produzidos para o "Fazendo Gênero 9" e para a "27ª Reunião Brasileira de Antropologia"*. Brasília/Rio de Janeiro: Museu do Índio/FUNAI, 2012.

SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. Violência feminicida: uma abordagem interseccional a partir de gênero e raça. *Revista de Gênero Sexualidade e Direito*, junho, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication>. Acesso em 12/10/2020.

SANEMATSU, Débora Prado e Marisa (Org). *Feminicídio: Invisibilidade Mata*. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

SILVA, Rodrigo Da. Discriminação múltipla como discriminação interseccional: o direito brasileiro e as intersecções de raça, gênero e classe. In.: *X Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-graduação SEPesq*, de 20 a 24 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/pdf>. Acesso em 25/09/2020.

SILVA, Salete Maria da. Constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no direito. *Revista Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 01, n. 01, p. 59-69, outubro, 2012.

VERBICAR, Dennis; ALCÂNTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago de. A percepção do sexismo face à cultura do consumo e a hipervulnerabilidade da mulher no âmbito do assédio discriminatório de gênero. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 11, n. 1, janeiro/junho, 2017. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php>. Acesso em 21/09/2020.

VIEGAS, João Ricardo Bet. A hipervulnerabilidade como critério para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 73-91, junho, 2019. Disponível em: [www.seer.ufrgs.br/ressevera](http://www.seer.ufrgs.br/ressevera). Acesso em 24/09/2020.

VIEIRA, Ivânia. *Sufrimento e violência descrevem a vida das mulheres ribeirinhas em diferentes partes do Amazonas*, 2015. Disponível em: <http://amazonia.org.br>. Acesso em 21/09/2020.

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*: Pequim, 1995, 2014. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br>. Acesso em 20/09/2020.

Data de Recebimento: 13/10/2021.

Data de Aprovação: 23/03/2022.

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E TEORIA DO DIREITO: COMENTÁRIOS A PARTIR DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE STANLEY FISH

## FREEDOM OF SPEECH, HATE SPEECH AND LEGAL THEORY: REMARK'S FROM STANLEY FISH'S INTERPRETATION THEORY

George Browne Rego\*

Leonardo Monteiro Crespo de Almeida\*\*

### RESUMO

A proposta desse artigo reside em explorar a relação entre liberdade de expressão e discurso de ódio a partir da teoria da interpretação de Stanley Fish tendo como foco as noções de performatividade e comunidade de intérpretes. O propósito da pesquisa reside em apontar uma espécie de análise na qual se vai conectar a interpretação específica desses dois termos com o panorama mais abrangente da comunidade de intérpretes. A produção dos efeitos desses enunciados depende da maneira como eles se conformam com as sensibilidades e premissas que marcam, em um dado momento, a comunidade de intérpretes.

Palavras-chave: Discurso de ódio; Liberdade de Expressão; Interpretação; Stanley Fish

### ABSTRACT

The objective of this article is to explore the relationship between freedom of expression and hate speech through a reading of Stanley Fish's theory of interpretation, focusing on the notions of performativity and interpretative community. An important goal of this research is to point out an analysis that would associate the specific interpretation of these two terms and the broad framework of the community of interpreters. The production of the effects of these statements depends on how they conform themselves within the sensibilities and premises that characterizes, in each moment, the community of interpreters.

Key-words: Hate Speech; Freedom of Expression; Interpretation; Stanley Fish

## INTRODUÇÃO

Ainda que tenha sido objeto de várias análises nas duas últimas décadas no tocante à filosofia política, a exemplo da obra *The Excitable Speech* de Judith Butler, o discurso de

---

\* George Bronwe Rego é Pós-Doutor na Universidade de Londres e Visiting Professor nas Universidades de Oxford e Frankfurt, além de Ph.d em Filosofia (Abordagem Interdisciplinar) pela Tulane University, Estados Unidos. Atualmente é professor Doutor da Faculdade Damas da Instrução Cristã. <http://lattes.cnpq.br/3600033531704777>. <http://orcid.org/0000-0001-7996-4600>. E-mail para contato: [georgebrowne@browne.com.br](mailto:georgebrowne@browne.com.br).

\*\* Doutor e Mestre em Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE, Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã/FADIC e Professor da Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã/FADIC. <http://lattes.cnpq.br/3918991603659430>. <http://orcid.org/0000-0001-5742-3344>. E-mail para contato: [Leonardoalmeida326@gmail.com](mailto:Leonardoalmeida326@gmail.com).

ódio se tornou um dos temas mais recorrentes e discutidos no âmbito dos direitos fundamentais, do direito constitucional, da teoria do direito, além da mencionada filosofia política. Em função das diferentes transformações sociais, algumas de caráter tecnológico e outras mais associadas à vivência política ou a mudanças demográficas importantes, o discurso de ódio tende a expressar novas tensões sociais, como também marca publicamente uma demonstração dos afetos de grupos e indivíduos.

Atuando na interseção entre teoria do direito e teoria da literatura, Stanley Fish realizou uma série de incursões quanto ao discurso de ódio e à liberdade de expressão, que é também examinada a partir do seu enquadramento na Constituição dos Estados Unidos. Em obras como *There's No Such Thing as Free Speech* e, mais recentemente, *The First*, o autor realizou análises cuidadosas quanto à Primeira Emenda e a proteção que ela confere à liberdade de expressão. Se a liberdade de expressão retira as limitações que incide sobre o que se pode ser dito publicamente, é preciso considerar as possibilidades que se abrem para que, no âmbito mais abrangente da esfera pública, discursos agressivos, violentos, que dividem a sociedade ou menosprezam grupos, possam ser proferidos e disseminados.

Cada uma das duas obras foi elaborada sobre um pano cultural distinto: a primeira, *There's No Such Thing as Free Speech*, remete diretamente ao fortalecimento do politicamente correto e as suas consequências nas dinâmicas institucionais e no plano mais amplo da vivência cultural da nação. *The First*, em contrapartida, está profundamente ancorado nos Estados Unidos de Donald Trump e na acirrada polarização política que envolveu esse período: manifestações de intolerância, discursivos divisivos e desfavoráveis às minorias circularam de maneira intensa e abrangente. Em ambos os contextos, apesar de suas diferenças significativas, a relação entre discurso de ódio e liberdade de expressão se mostra central.

A proposta deste artigo reside em explorar as fronteiras entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio a partir da teoria da interpretação de Stanley Fish à maneira como ele aborda a performatividade e a comunidade de intérpretes. A maneira como Fish articula esses pontos, o que inclui uma persistente crítica à posição de Ronald Dworkin, representa a base desse artigo. Será em meio a essa articulação que se vai buscar analisar eventuais consequências e implicações para a teoria do direito, sobretudo no que diz respeito à relação entre norma e violência. Pergunta-se, dessa maneira, sobre a efetiva existência de uma liberdade de expressão frente aos diferentes tipos de constrangimentos que circunscrevem os falantes nos contextos sociais em que se encontram inseridos.

Conceber a relação entre discurso de ódio e liberdade de expressão, no horizonte dessa perspectiva teórica, implica não só investigar a produção dos efeitos dos enunciados nos meios em que são proferidos, mas a própria natureza e dinâmica desses efeitos. Todos esses efeitos podem ser facilmente discerníveis a partir dos seus contextos de enunciação? São previsíveis e, se afirmativo, qual o grau de sua previsibilidade? Por fim, tendo em vista que os efeitos estão diretamente vinculados aos contextos de enunciação dos falantes, quais são os limites desses contextos? São bem definidos ou indefinidos, rígidos ou maleáveis? Essas e outras indagações são o que impulsionam o desenvolvimento dessa pesquisa.



A estrutura desse artigo é organizada em três seções. A primeira lida com a caracterização do discurso de ódio e as dificuldades que lhe são decorrentes. A segunda seção desenvolve um recorte em torno dos escritos de Fish sobre performatividade, privilegiando as incursões que ele realizou no âmbito da teoria do direito. A terceira e última seção visa a trabalhar a problemática do discurso de ódio e a liberdade de expressão em um contexto performativo: no tocante ao discurso de ódio, o artigo toma parcialmente como fio condutor a abordagem apresentada por Judith Butler em *The Excitable Speech*, já a seção referente à liberdade de expressão será desenvolvida a partir do próprio Fish.

### **As ambivalências do discurso de ódio em meio à liberdade de expressão**

Ainda que a identificação de expressões como pertencendo a um discurso de ódio, em muitas situações, não apresente grandes dificuldades, a precisa caracterização desses discursos demanda um trabalho analítico intrincado e não isento de complicações. Pode-se dizer, em um primeiro momento, que a caracterização central do discurso de ódio repousaria sobre a intencionalidade do falante, ou seja, o que ele pretende realizar a partir do proferimento daquelas palavras. Esse caminho, porém, pode terminar deslocando o problema para a própria natureza e dinâmica da intenção ao invés de propor uma caracterização mais definida do próprio discurso de ódio. Sim, em certa medida, a intenção é um elemento central para que se possa avaliar o propósito de enunciação das palavras, mas ela mesma, por si só, não serve para caracterizá-lo, muito menos explicá-lo.

Muito embora tenha uma dimensão descritiva, já que pretende representar um estado de coisas, o discurso de ódio em si mesmo remete a uma intervenção cujo propósito reside em transformar de algum modo o estado de coisas por ele representado. Um discurso que, por exemplo, caracteriza imigrantes como parasitas, responsabilizando-os também por um aumento significativo da criminalidade, não pretende apenas constatar uma dada situação, trazendo tão somente elementos que respaldem as afirmações feitas. Ele demarca uma posição através da desconsideração do Outro: atacar o imigrante é ao mesmo tempo a reafirmação das convicções daquele que constrange, como implica na demarcação de um certo posicionamento diante de uma questão pública. No nível da subjetividade, ele almeja reduzir o valor que esse Outro tem de si mesmo, a sua autoestima, por exemplo, quanto da percepção social mais abrangente sobre esse Outro.

Em um primeiro momento, quando a atenção recai tão somente nos componentes estritamente semânticos do discurso, é uma tarefa relativamente simples determinar quando o direito à liberdade foi extrapolado: basta que se constate o caráter ofensivo, junto com a intenção de desmerecer, um determinado grupo minoritário através de características que lhe são próprias. Mas isso levanta uma outra indagação referente à própria liberdade de expressão: quais os seus limites? E ela incide sobre quais contextos? Os atos que são proferidos em contextos mais imediatos, instantâneos, englobam também aqueles realizados em um passado distante, cujos efeitos, porém, alcançam as

circunstâncias presentes?<sup>1</sup>. Nesse ponto é pertinente considerar a seguinte observação que Judith Butler acerca da temporalidade na abordagem de J. L. Austin:

...não é o suficiente encontrar o contexto adequado para o ato de fala em questão para conhecer a melhor maneira de julgar os seus efeitos. A situação da fala não é, desta maneira, uma simples questão de contexto, onde que pode ser definido facilmente pelas fronteiras espaciais e temporais. Ser ofendido pela fala é, desta maneira, sofrer a perda do contexto, ou seja, não saber onde você se encontra<sup>2</sup>.

Em relação às leituras que podem ser feitas da teoria dos atos de fala de J. L. Austin, é perceptível que, em alguns cenários, a verificação da conformidade dos atos de fala (*speech acts*) às condições estabelecidas é marcada por uma série de ponderações<sup>3</sup>. Se em *How to do Things with Words*, uma das referências centrais no tocante à performatividade, a análise da satisfação das condições referentes aos atos de fala, remetendo aos critérios de *felicitous* e *infelicitous*, acaba tendo como pressuposto circunstâncias que tendem a ser mais imediatas e determinadas, é preciso considerar também as nuances e as complicações que envolvem essa distinção em meio a outros casos. Como Fish bem lembra, porém, mesmo em uma circunstância imediata, como no caso do encontro face a face, ainda assim não existem garantias de que a comunicação possa ocorrer sem maiores problemas:

A comunicação face-a-face, então, não é uma garantia de que a comunicação será precisa ou até mesmo relativamente isenta de dificuldades. A questão é bem ilustrada por uma charge que surgiu há alguns anos na *New Yorker*. Ela mostra um homem sentado em frente a uma televisão, seus olhos cravados na imagem; acima dele há uma mulher, presumivelmente a sua esposa, que está claramente chateada. A legenda diz, "Você parece arrependido, você age como um arrependido, mas você não está arrependido". A suposta vantagem da comunicação face a face seria de que ela nos permite deduzir o significado de um proferimento de uma inspeção direta das palavras e ações do falante; mas a charge nos lembra que a direção de uma inferência é frequentemente inversa: a mulher conhece antecipadamente o significado do que o seu marido fala porque ela conhece, e conhece muito bem, que tipo de pessoa ele é<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cf. BUTLER, Judith. *Excitable Speech: A Politics of the Performative*. London: Routledge, 1997. p. 3 e ss.

<sup>2</sup> BUTLER, Judith. *Excitable Speech: A Politics of the Performative*. London: Routledge, 1997. p. 3-4. No original: "(...) it is not enough to find the appropriate context for the speech act in question, in order to know how best to judge its effects. The speech situation is thus not a simple sort of context, one that might be defined easily by spatial and temporal boundaries. To be injured by speech is to suffer a loss of context, that is, not to know where you are".

<sup>3</sup> Cf. AUSTIN, J. L. *How to do Things with Words*. 2. ed. Harvard: Harvard University Press, 1975. p. 12 e ss.

<sup>4</sup> FISH, Stanley. With the Compliments of the Author: Reflections on Austin and Derrida. In: FISH, Stanley (org). *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press, 1989. p. 42-43. No original: "The fact of a face-to-face exchange, then, is no assurance that communication will be certain or even relatively trouble-free. The point is illustrated nicely by a cartoon that appeared some years ago in the *New Yorker*. It shows a man sitting in front of a television set, his eyes locked on the picture; standing above him is a woman, presumably his wife, who is obviously angry. The caption reads, "You look sorry, you act sorry, you say you're sorry, but you're not sorry". The supposed advantage of face-to-face communication is that it allows us to deduce the meaning of an utterance from direct inspection of the speaker's words and actions; but the cartoon seems to be reminding us that the direction of inference is often the other way around: the woman knows in advance what will be meant by what her husband says because she knows, and knows with the passion of belief, what kind of person he is (...)".

Fish está chamando atenção para a indeterminação dos contextos que envolvem os atos de fala, o pano de fundo mesmo que contempla normas e pressuposições que permitem avaliar se os efeitos estão alinhados às expectativas dos enunciados ou não. Um dos aspectos dessa indeterminação reside na presença ou ausência dos elementos que, em um contexto particular, concorreriam para a produção de um efeito esperado. Essa indeterminação pode assumir um caráter de espacialidade que pode ser ilustrado pelas situações apresentadas no parágrafo seguinte.

A declaração do padre ao celebrar um matrimônio tem como principal efeito o de consumá-lo considerando as regras e preceitos eclesiásticos. Mas e se o padre, na verdade, for um ator disfarçado, ainda se pode falar na produção de efeitos? Em um outro cenário, supondo que se trate de um sacerdote de uma religião particular, se um dos conjuges contraído um outro casamento, mas que ainda não foi dissolvido por um processo de divórcio, quais serão os efeitos oriundos da declaração do sacerdote? Havendo um conflito entre o que dispõe a legislação e as crenças que integram essa religião, existiria, para fins de avaliação do ato performativo, um ou mais contextos? Havendo mais de um, levam-se todos eles em consideração, ou apenas um ou outro?<sup>5</sup>

A indeterminação também apresenta uma dimensão temporal no qual os sentidos inscritos nos contextos são transformados e sucedidos temporalmente. Uma vez que o proferimento de um enunciado transforma o contexto em questão, no sentido de que, uma vez sacramentado o matrimônio, o padre faz surgir, naquele momento, uma relação matrimonial que não existia antes do seu enunciado, a performatividade está, desde o seu princípio, marcada pela temporalidade.

Tendo em vista a indeterminação subjacente aos efeitos performativos do discurso de ódio, algumas questões podem ser suscitadas no tocante às controvérsias jurídicas referentes aos limites à liberdade de expressão em meio ao surgimento de novas tecnologias que alteram tanto a espacialidade quanto a temporalidade da comunicação: o que muda no que diz respeito ao virtual e às novas tecnologias de comunicação de massa? Quais os limites para o compartilhamento de mensagens, fotografias e dados, especialmente quando ofendem ou rebaixam grupos específicos?

Indagações como essa são importantes ao se analisar manifestações do discurso de ódio que não necessariamente assumem a forma mais previsível, comumente associada ao racismo, à xenofobia e à homofobia, ou seja, com aquilo que surge como explicitamente ofensivo. O que está em jogo, neste ponto, são as limitações e as dinâmicas associadas ao politicamente correto e outras tendências que buscam estabelecer referências normativas quanto ao que é aceitável, ou não, em termos de enunciado.

Um maior aprofundamento deste ponto será objeto da seção subsequente, onde ele será destrinchado a partir da perspectiva de Stanley Fish. Matthew D. Bunker contextualiza essa questão diante da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos e às críticas desenvolvidas por vários movimentos, como os *Critical Legal Theory* e as teorias feministas, no tocante à ausência de regulação de certas formas de discurso por

---

<sup>5</sup> Cf. AUSTIN, J. L. *How to do Things with Words*. 2. ed. Harvard: Harvard University Press, 1975. p. 25 e ss, 39 e ss.

parte da doutrina presente nessa emenda. Ele escreve:

A representação tradicional da teoria liberal do individualismo “atomístico” não mais convence, sustentam os críticos, no contexto da natureza socialmente constituída dos seres humanos. Além disso, os críticos assinalam que certas formas de discurso, amplamente imunes de regulação sob a atual doutrina da Primeira Emenda, incluindo o discurso de ódio e a pornografia, não devem ser protegidas por conta do impacto social prejudicial<sup>6</sup>.

É a partir desse panorama histórico e lidando com essas questões que Stanley Fish desenvolveu o seu posicionamento crítico no tocante à liberdade de expressão. Na seção seguinte os aspectos gerais do seu posicionamento serão desenvolvidos considerando a tensão que existiria entre posições conservadoras e progressistas perante a relação entre liberdade de expressão e discurso de ódio.

### **Performatividade e os limites da liberdade de expressão**

Em sua provocativa coletânea de artigos, *There's No Such Thing As Free Speech: And It's a Good Thing, Too*, Fish levanta uma série de questões que envolvem a sua compreensão particular das comunidades interpretativas frente ao tema da liberdade de expressão e a censura. Um dos eixos mais importantes de sua abordagem reside no aspecto temporal que tende a organizar as posições sobre o tema. Por um lado, posições conservadoras possuem a pretensão de alcançar um saber transcendente, contextualmente independente e que, por isso mesmo, almejaria demarcar o que em si mesmo seria ofensivo e inaceitável<sup>7</sup>. Do outro lado, as posições progressistas, caracterizadas por um claro alinhamento com a tolerância, com o multiculturalismo e a igualdade. Ambas as posições possuem fragilidades e limitações que são exploradas pelo autor.

A fragilidade da primeira posição, conforme o autor, recai na desconsideração das diferentes dinâmicas políticas que tendem a criar e a moldar as categorias políticas ao longo da história. Termos como ‘mérito’, ‘valores familiares’, ‘virtude’, ‘razão’, não apenas se alteram com o passar do tempo, como também são apropriados por diversas ideologias políticas. O que se tem neste ponto é uma tentativa de desenvolver um posicionamento situado para além dos limites da política.

Para Fish, uma das maiores representações desse ponto de controvérsia reside no politicamente correto: o problema não recai exatamente nas limitações, ou mesmo formas de censura, que ele pretende estabelecer, mas em uma tentativa de sobrepor às diferentes perspectivas conflitantes que ele mesmo pretende mediar. Em síntese, desde o seu

---

<sup>6</sup> BUNKER, Matthew D. The End of First Amendment Theory? Stanley Fish and Freedom of Expression. *Communication Law and Policy*, v. 2, n. 1, 1997. p. 2. No original: “Traditional liberal theory’s picture of “atomistic” individualism is unconvincing, the critics contend, in light of the socially constituted nature of human beings. Moreover, the critics suggest that certain forms of speech that are largely immune from regulation under current First Amendment doctrine, including hate speech and pornography, should not be protected because of their detrimental social impact”.

<sup>7</sup> Cf. FISH, Stanley. *There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too*. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. viii e ss.

princípio, o politicamente correto é político, pensado e inscrito em meio a determinados posicionamentos específicos<sup>8</sup>.

A inclusão de textos literários nos currículos escolares das contribuições de autores e autoras dos segmentos minoritários da sociedade ou a preponderância dos autores que integram o cânone da literatura ocidental refletem opções políticas ancoradas em determinadas crenças e valores, mesmo que estes não sejam explicitamente apresentados ou discutidos pelos seus proponentes. A organização mesma do currículo, considerando também as referências lhe fornecem amparo, adquire a sua aceitabilidade na medida em que satisfaz determinadas condições ancoradas em valores compartilhados por certos grupos.

Sendo assim, um maior espaço concedido ao estudo de Shakespeare, Milton, Keats e Dante, reflete uma determinada compreensão do que seria cultura ocidental e daqueles que são fundamentais para a sua formação, mas não só isso: trata-se de colocar essa compreensão específica de cultura ocidental como elemento formador da educação e das sensibilidades culturais que amparam essa formação. Apesar das diferentes justificativas que podem ser utilizadas para justificar a seleção e a própria abordagem da cultura ocidental, trata-se de uma decisão política, ou seja, uma decisão tomada a partir de certos valores e referenciais normativos baseados nas predileções e nos interesses de um certo segmento.

O contrário dela, ou seja, o confronto dessa concepção de cultura ocidental, como no caso das diferentes estratégias que almejam expandir os currículos e as referências culturais para além do eurocentrismo, chega a resultados similares trilhando caminhos distintos. Um esclarecimento quanto aos preconceitos e enviesamentos culturais, na perspectiva de Fish, não permitiriam, por si só, transcendê-los a partir de valores e referenciais normativos que, a princípio, encontram-se dissociados desses mesmos contextos.

A posição de Fish é articulada a partir do seu conceito de comunidade interpretativa, que tem uma das suas primeiras e principais formulações na obra *Is There a Text in This Class?*<sup>9</sup>. Por meio desse conceito, o autor pretende conciliar um certo grau de relativismo com critérios e referenciais coletivamente compartilhados que permitem determinar e justificar posições normativas variadas. Divergindo das duas posições anteriores, portanto, não existiria, para Fish, qualquer possibilidade de se transcender diferentes contextos, sejam eles históricos ou institucionais, nos quais os falantes se encontram imersos: o significado dos referenciais normativos é indissociável das comunidades interpretativas nas quais eles se encontram inseridos. Contra a posição que defenderia uma autossuficiência do texto no que se refere ao seu significado, Fish argumenta:

Eu confronto a autossuficiência do texto ao pontar que aparentemente a sua configuração espacial desmente a dimensão temporal em que os seus

---

<sup>8</sup> Cf. FISH, Stanley. *There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too*. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 8 e ss.

<sup>9</sup> Cf. FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Harvard: Harvard University Press, 1982.



significados são atualizados, e eu argumento que é a forma do desenvolvimento dessa atualização, ao invés da forma estática da página impressa, que deve ser o objeto da descrição crítica<sup>10</sup>.

As atualizações perpassam as várias transformações pelas quais o texto vai sendo enquadrado e discutido na e pela comunidade interpretativa. No que concerne aos estudos literários, por exemplo, é perceptível essa linha de argumentação proposta por Fish na maneira como os autores e as suas obras são valorados e dispostos em meio a um certo panorama, como um cânone ou a história literária de um determinado país. Considerando o desdobramento histórico das comunidades interpretativas, referências secundárias passam a assumir importância decisiva, obras marginais são consideradas precursoras, maneiras recorrentes de se abordar determinados textos literários são contestadas e substituídas por outras, que trazem à tona aspectos outrora ignorados ou desconsiderados dessas obras.

Cada comunidade interpretativa é estruturada a partir de uma série de premissas e de estratégias interpretativas compartilhadas entre os seus membros: as características e abordagens de uma comunidade podem ser, e frequentemente serão, diferentes daquelas encontradas em uma outra comunidade. É nisso que residiria, a princípio, o seu relativismo: a validade, o senso de correção, a adequação ou inadequação de algo só pode ser auferida em relação ao arcabouço institucional no qual esses elementos se encontram inseridos. Torben Spaak elencou dois aspectos centrais da abordagem interpretativa de Fish:

Fish defende, *inter alia*, (i) que a interpretação de uma lei, um poema ou qualquer outro texto somente pode ser verdadeira ou válida à luz das estratégias interpretativas que definem uma comunidade interpretativa, e (ii) que nenhuma série de estratégias interpretativas (e, portanto, nenhuma interpretação) é mais verdadeira ou mais válida do que outra<sup>11</sup>.

Em síntese, uma interpretação não pode ser mais verdadeira do que a outra porque esse critério – a sua veracidade – não se encontra na própria interpretação em si mesma do texto, mas no arcabouço institucional que a envolve, com as suas regras, premissas e estratégias. Muito embora essa caracterização do posicionamento de Fish, ao menos em um primeiro momento, pareça se encontrar afastada da problemática atrelada à liberdade de expressão e ao discurso de ódio uma vez que não ajudaria na caracterização conceitual de nenhum desses dois termos, como é comum nas abordagens da jurisprudência analítica e, de um modo mais amplo, da própria filosofia da linguagem.

---

<sup>10</sup> FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Harvard: Harvard University Press, 1982. p. 2. No original: "I challenged the self-sufficiency of the text by pointing out that its (apparently) spatial form belied the temporal dimension in which its meanings were actualized, and I argued that it was the developing shape of that actualization, rather than the static shape of the printed page, that should be the object of critical description".

<sup>11</sup> SPAAK, Torben. Relativism in Legal Thinking: Stanley Fish and the Concept of an Interpretive Community. *Ratio Juris*, v. 21, n. 1, 2008. p. 157. No original: "Fish holds, *inter alia*, (i) that an interpretation of a statute, a poem, or some other text can be true or valid only in light of the interpretive strategies that define an interpretive community, and (ii) that not set of interpretive strategies (and therefore no interpretation) is truer or more valid than any other".

O importante para o teórico, como bem mostra o seu conceito de comunidades interpretativas, recai na estrutura institucional que envolve os enunciados em detrimento de qualquer definição que poderia se fazer deles. Por isso a conexão que esta pesquisa faz entre a sua abordagem e os estudos sobre performatividade no tocante ao tema em questão, tendo em vista a incursões realizadas pelo autor neste campo de teórico na sua coletânea de artigos, *Doing What Comes Naturally*, além de outras.

Essa é uma das razões pelas quais Fish não acredita em uma definição objetiva acerca do que seria o discurso de ódio, o *Hate Speech*: são os usos e as estratégias interpretativas da comunidade que vão definir o que é aceitável, inaceitável, conta ou não conta como discurso de ódio<sup>12</sup>. As inevitáveis transformações pelas quais passa a comunidade implica também em modificações em torno da maneira de se conceber e de se recorrer ao discurso de ódio. Critérios e limites outrora aceitos pela comunidade em geral podem ser desconsiderados ou reformulados em virtude, por exemplo, de uma ou outra pauta política que agora se mostra decisiva.

Muito embora circulem por todo o espaço social, nenhum discurso é livre de custos, compreendidos aqui como potenciais consequências. É por meio deles ou a partir deles que existem incitações ao terrorismo, xenofobia, comportamentos sexistas, dentre outros: para além de fomentar ações subseqüentes, o discurso, considerando a concepção esboçada por Fish, é também ação.

A questão da performatividade, neste momento, não é pensada simplesmente a partir da conformidade entre o que é enunciado e determinadas condições que lhe antecederiam, diretamente remetendo à distinção *felicitous/infelicitous* encontrada em Austin, mas na própria construção retórica de uma dada realidade social<sup>13</sup>. Cartazes que mostram os rostos dos candidatos de um certo partido político envolvidos por alvos de tiro se encontram proteção na Primeira Emenda, tratando-se de um exercício legítimo da liberdade de expressão, ou refletem uma verdadeira ameaça, colocando em risco as vidas desses candidatos?

Em um contexto mais institucional, a retórica anti-imigração de Donald Trump se encontra protegida tendo como base a livre expressão das suas convicções políticas ou pode ser considerada uma forma de ataque a certos grupos? Suas opiniões concernentes aos seus adversários políticos, como Barack Obama e Hillary Clinton, são apenas reflexo das suas perspectivas e valores políticos, logo amparadas pela liberdade de expressão, ou possuem as características do que usualmente se pode chamar de discurso de ódio?

As dificuldades aumentam quando são consideradas as várias circunstâncias nas quais a regulação dos discursos é debatida, e Fish tende a investigar algumas delas. Uma delas se refere ao campus universitário, ou *Campus Speech*, e a criação de códigos (*speech codes*) que expressa a política regulatória da universidade sobre palavras, termos, ideias que outrora, em contextos mais amplos, encontram-se protegidas pela Primeira Emenda. Ainda que de maneira um tanto quanto distante e por vezes indireta, a existência dos *speech codes* remete a uma reformulação dos significados de noções que marcam a ação e

---

<sup>12</sup> Cf. FISH, Stanley. *The First: How to Think About Hate Speech, Campus Speech, Religious Speech, Fake News, Post-Truth, and Donald Trump*. New York: Atria, 2020.

<sup>13</sup> Cf. AUSTIN, J. L. *How to do Things with Words*. 2. ed. Harvard: Harvard University Press, 1975. p. 12 e ss.

a percepção daqueles que integram um determinado campo, como o acadêmico ou o político, a exemplo de pluralismo, da diversidade e da tolerância.

A princípio, isso poderia vir a ser um facilitador na definição do discurso de ódio, tendo em vista que a contextualização do significado desses termos implica que, uma vez esclarecidos os seus usos, pode-se verificar com certa prontidão quais discursos ferem essas noções gerais e quais as endossam. Essa solução implicaria em desconsiderar o caráter contextual e politicamente controverso dos usos daquelas noções, atribuindo uma autossuficiência aos seus significados, além de um certo caráter transcendente. A abordagem interpretativa de Fish, por outro lado, baseia-se em uma contínua redefinição coletiva dos referenciais, limites e utilizações de noções abstratas, como 'neutralidade', 'discurso de ódio' e a própria 'liberdade de expressão'. Nas páginas iniciais de *There is no Such Thing as Free Speech*, essa questão é estabelecida da seguinte maneira:

A consequência disso não é, como alguns gostariam de acreditar, que qualquer coisa é admissível ou que palavras não possuem significado, mas que a linha entre o que é permitido e o que deve ser rejeitado está sempre sendo desenhada e redesenhada e que as estruturas de constrangimento são sempre simultaneamente estabelecidas e sempre sujeitas à revisão se os tempos clamam por isso e os recursos se mostram à altura<sup>14</sup>.

Nem posições que justificam o *status quo*, nem aquelas que o confrontam, encontrariam na posição de Fish um ponto de apoio sólido: o máximo que pode ser esperado de seu posicionamento, em termos normativos, é uma cautela quanto a uma caracterização muito rígida e definitiva de uma determinada circunstância, seja ela estabelecida em termos mais progressistas ou conservadores. Os contextos são sempre precários, restritos e contingentes, portanto, em contínua transformação conforme as sensibilidades e os entendimentos do panorama social atual, onde posicionamentos mais conservadores se mesclam aos progressistas: a transmissão é sempre marcada pela possibilidade contínua de uma compreensão distorcida.

Recorrendo a Jacques Derrida, Fish salienta como a ideia de uma comunicação na qual a compreensão entre os falantes já esteja assegurada de antemão, sem a necessidade de qualquer tipo de interpretação, o que pode ser nomeado de puro performativo, inexistindo tendo em vista a impossibilidade de que sejam preenchidas todas as suas condições necessárias para a sua existência:

Um puro performativo seria aquele em que estaria *assegurado* do seu sucesso mediante uma combinação de clareza verbal, um contexto bem definido e uma intenção transparente tão restringida em sua recepção que não haveria espaço para a dúvida e, deste modo, nenhuma necessidade para interpretação. O argumento de Derrida é que essas condições adequadas, necessárias para um sucesso desse tipo, não existe porque o risco de se lidar com os chamados casos impuros – casos em que a força ilocucionária

---

<sup>14</sup> FISH, Stanley. *There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too*. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. viii. No original: "The upshot of this is not, as some would have it, that anything goes or that words have no meaning, but that the line between what is permitted and what is to be spurned is always being drawn and redrawn and that structures of constraint are simultaneously always in place and always subject to revision if the times call for it and resources are up to it".

precisa ser inferida a partir de um conjunto de pressuposições ao invés de lidas diretamente – é constitutivo de *todos* os casos<sup>15</sup>.

Uma vez que o sucesso de um performativo não pode ser estabelecido de antemão, a produção dos seus efeitos é marcada por uma indeterminação contínua que o abre para sucessivas reapropriações. Um enunciado que tenha como objetivo ofender um indivíduo e/ou grupo a que ele pertence não necessariamente vai alcançar esse resultado. O seu sucesso é fruto de uma convergência de fatores e condições que não podem ser, a rigor, controladas ou calculadas pelo falante.

O cerne da questão, portanto, é determinar o que significa ofender, macular, contemplando, inclusive, a maneira como alguém é chamado e nomeado, ou, seguindo Althusser, interpelado<sup>16</sup>. É pela nomeação que alguém que se torna sujeito, sendo trazido assim ao reino da linguagem: é neste reino que o sujeito encontrará a sua dignidade ou a terá violada<sup>17</sup>. Para tanto, a seção subsequente tratará de examinar esse aspecto no que diz respeito ao estudo dessa temática.

### **Entre liberdade de expressão e o controle jurídico: a comunidade e a pragmática dos discursos de ódio**

A pragmática dos atos de fala é bem estabelecida por Judith Butler ao comentar o que J. L. Austin chama de ato de fala completo (*total speech act*): a delimitação desse ato é importante para observar a maneira como as convenções são trazidas à tona na produção dos efeitos ilocucionários do ato de fala, algo que Fish abordou por meio do conceito de comunidades interpretativas. Butler, porém, vai adiante e destaca a temporalidade do ato de fala diante das convenções que lhe circunscrevem:

Enquanto proferimentos, eles trabalham na medida em que são dados a forma de um ritual, ou seja, repetido no decorrer do tempo e, desta maneira, mantenham uma esfera de operação que não se encontra restrita ao próprio momento do proferimento. O ato de fala ilocucionário realiza a sua promessa no momento do seu proferimento, porém na medida em que o momento é ritualizado, ele jamais é um único momento. O “momento” no ritual é uma historicidade condensada: ele excede a si mesmo em direções passadas e futuras, um efeito de invocações passadas e futuras que constituem e fogem do momento do proferimento<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> FISH, Stanley. With the Compliments of the Author: Reflections on Austin and Derrida. In: FISH, Stanley (org). *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press, 1989. p. 44. No original: “A pure performative would be one that was *assured* of success because a combination of verbal explicitness, a clear-cut context, and a transparency of intention so constrained its reception that there was no room for doubt and therefore no need for interpretation. Derrida’s argument is that the optimal conditions that would be required for such a success do not exist because the risk attending the so-called impure cases - cases in which illocutionary force must be inferred through a screen of assumptions rather than read out directly - is constitutive of *all* cases”.

<sup>16</sup> Cf. ALTHUSSER, Louis. *Sobre a Reprodução*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

<sup>17</sup> Cf. BUTLER, Judith. *Excitable Speech: A Politics of the Performative*. London: Routledge, 1997a. p. 2 e ss.

<sup>18</sup> Cf. Idem, p. 3 e ss. No original: “As utterances, they work to the extent that they are given in the form of a ritual, that is, repeated in time, and, hence, maintain a sphere of operation that is not restricted to the moment of the utterance itself. The illocutionary speech act performs its deed at the moment of the utterance, and yet to the extent that the moment is ritualized, it is never merely a single moment. The

Se não é possível dizer tudo, tendo em vista que sempre vão existir constrangimentos circunstanciais que penalizam certos enunciados, a determinação daquilo que seria aceitável de se dizer daquilo que não o seria é marcada por um acentuado grau de indeterminação. Como Butler bem observou acima, os atos de fala são marcados por uma repetição ritualizada a partir de contextos particulares que, por sua vez, modificam-se também a partir dos próprios atos de fala. Neste ponto existe um aspecto explorado por Butler, mas que permanece pouco explorado por Fish: a maneira como os atos de fala injuriosos, como aquele dos discursos de ódio, para além de buscar rebaixar o valor do indivíduo sobre si mesmo e como a comunidade o avalia, eles interpelam os indivíduos, tal como Althusser compreende essa dinâmica, tornando-os sujeitos<sup>19</sup>.

Esse processo de construção da subjetividade, para além de uma inserção comunitária tal como Fish aborda a questão por meio do seu conceito de comunidades interpretativas, vai afetar as condições pelas quais os diferentes indivíduos serão percebidos em diferentes espaços do social. Sendo assim, o discurso de ódio não apenas ofende e rebaixa o negro ou o mulçumano, por exemplo, antes trata de fazer emergir uma forma de subjetividade destituída de dignidade, merecedora da mesma estima destinada aos outros. Construído dessa maneira, o negro e o mulçumano não são apenas objetos de discursos xenofóbicos e práticas de segregação: eles são, aos olhos do próprio aparato jurídico-político, desconsiderados e rebaixados como elementos problemáticos naquele panorama social. Sátiras e representações caricatas desses tipos apenas expressam no plano visual ou fonético o que, de alguma maneira, já se encontra entranhado nas relações sociais.

Muito embora essa colocação de Butler, cujos detalhes não poderão ser examinados neste trabalho posto extrapolarem os limites temáticos dessa pesquisa, não encontre uma conexão direta com a abordagem que Fish faz dos discursos de ódio e da liberdade de expressão, há um ponto de conexão entre as abordagens que se mostra fecundo para a proposta desta pesquisa. É isso o que se concebe em termos de caráter institucional. Se a subjetividade emerge através de um processo discursivo de interpelação, este, por sua vez, reflete a dinâmica das estruturas do social, o que inclui o âmbito de criação e aplicação das normas jurídicas.

É insuficiente a conquista de direitos e garantias fundamentais que visem à proteção de formas de exclusão e ofensa, a exemplo do discurso de ódio, quando minorias específicas são percebidas pelo próprio poder judiciário e pelo arcabouço jurídico mais amplo como sendo menos cidadãos do que os outros. Para além das complexidades semânticas que envolvem a caracterização do discurso de ódio e das limitações que lhe seriam subjacentes através dos direitos e garantias fundamentais, é preciso verificar a maneira como os indivíduos surgem frente ao poder judiciário e à percepção pública. Caso contrário, as diferentes restrições institucionais que recaem sobre o que pode ser dito, o

---

"moment" in ritual is a condensed historicity: it exceeds itself in past and future directions, an effect of prior and future invocations that constitute and escape the instance of utterance".

<sup>19</sup> Cf. ALTHUSSER, Louis. *Sobre a Reprodução*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008; BUTLER, Judith. *The Psychic Life of Power: Theories in Subjection*. Stanford: Stanford University Press, 1997.



controle jurídico em geral, provavelmente não será pertinente para fazer concretizar o sistema de garantias estabelecidos, isso se essas garantias cheguem a contemplar as minorias envolvidas.

A título de exemplificação, basta considerar os Estados Unidos no período das leis de Jim Crow ou da doutrina do *Separate but Equals*. Neste panorama histórico, as diferentes caracterizações pejorativas e ofensivas dos negros, a exemplo do *black face*, encontravam respaldo, mesmo que indiretamente, no *corpus* de leis e decretos que explicitamente permitiam tratamentos diferentes, embora supostamente igualitários. Um traço importante das comunidades interpretativas de Fish reside na maneira como os valores fundamentais da comunidade política afetam as práticas interpretativas dos seus atores institucionais.

Para além das regras e orientações interpretativas que fazem parte de um ordenamento jurídico em particular, as comunidades interpretativas dos juristas necessariamente assimilam inúmeros noções, conceitos e valores que extrapolam as fronteiras do jurídico. São essas noções que, ao menos em parte, compõem a autocompreensão coletiva dos indivíduos em torno da comunidade política na qual se encontram. Uma comunidade em que valores como liberdade e igualdade são fundamentais, encontra-se também aberta à incessante redefinição desses valores não somente em termos analíticos, sobretudo a partir do momento em que grupos e indivíduos se encontram desrespeitados ou mesmo agredidos: esse choque de perspectivas, que Fish abordou mais detidamente em *The Trouble with Principle*, não pode ser resolvido mediante posições que transcendem as concepções e perspectivas das partes conflitantes<sup>20</sup>.

Isso não significa, por sua vez, um impasse incontornável que divide e impede que a comunidade chegue a um entendimento operacional quanto ao significado desses valores, antes tende a impulsionar uma dinâmica conflitiva por meio da qual diferentes abordagens e usos desses conceitos são contrapostos a aspectos e elementos do panorama social que envolve a disputa em si. Do contrário, toda a experiência segregacionista dos Estados Unidos e da África do Sul seriam classificadas desde o princípio como racistas pelos grupos sociais, o que historicamente não foi o caso: a discriminação em si pôde até ter sido admitida, mas com ela vinham formas de justificativa que a tornavam política e socialmente admissíveis.

É a partir dos movimentos de contraposição e tensionamento que as fragilidades e incongruências dos posicionamentos vão sendo revelados em meio às interpretações dos atores sociais. Se, por um lado, seguindo o entendimento de Fish, não seria possível delimitar exatamente as fronteiras do discurso de ódio e as restrições da liberdade de expressão, por outro lado, isso não significa afirmar a inexistência em si dessas fronteiras, antes a sua permanente instabilidade frente às várias disputas políticas.

Nessa linha de argumentação é possível chegar a uma conclusão que traduz bem uma dinâmica ambivalente que permeia a relação entre discurso de ódio e liberdade de expressão. Ao mesmo tempo em que os enunciados ofensivos rebaixam e descaracterizam

---

<sup>20</sup> Cf. FISH, Stanley. *The Trouble with Principle*. Harvard: Harvard University Press, 1999.

determinados indivíduos, trazendo-os para o social como se fosse menos do que os outros, cada enunciado injurioso também faz emergir espaços que fazem surgir formas de resistências e alternativas. A cada nova demonstração de racismo e de intolerância política, por exemplo, reitera-se a pertinência de se retornar à discussão dessas temáticas e dos problemas a elas atrelados. A ofensa do discurso do ódio, portanto, acaba por desvelar distorções e assimetrias entre os indivíduos e os grupos por vezes minimizadas ou desconsideradas nos espaços públicos de discussão: ela torna explícito aquilo que seria implicitamente problemático.

A emergência de novas leis que visam a combater o racismo ou a empoderar um determinado grupo que outrora foi alvo de discriminações significativas tende a suscitar formas de oposição que coloquem em questão o limite da tolerância e as prerrogativas da liberdade de expressão. Em seu artigo, *There's No Such Thing as Free Speech*, Fish responde aos questionamentos de Dinesh D'Souza referentes a uma apropriação dos currículos universitários por grupos de esquerda com o foco na promoção da produção cultural dos grupos minoritários e ao modo como os programas de ações afirmativas estão corroendo os padrões acadêmicos, além de estabelecer critérios de avaliação um tanto quanto discriminatórios e injustos para aqueles que, não integrando grupos minoritários, conseguiram o seu espaço por meio do estudo e do mérito<sup>21</sup>.

As considerações de D'Souza colocam em questão uma noção central para o discurso de ódio, a saber, a da justificação ou não de uma forma de discriminação. Se a existência do discurso de ódio reflete uma discriminação injustificada, o que seria uma discriminação justificada? Em momento anterior, apontou-se que Fish já havia ponderado a impossibilidade de se resolver esse tipo de conflito apelando para uma posição imparcial, afastada das concepções e valores das partes envolvidas na disputa<sup>22</sup>. Isso faz com que a única via para se lidar com a discriminação seja por meio da própria discriminação, por isso a incessante redefinição das fronteiras da liberdade em meio às comunidades interpretativas: cada ato de fala, cada enunciado ofensivo, permite uma problematização do que seria aceitável e condizente com a interpretação corrente dos valores que fornecem o sustentáculo da comunidade política.

O ponto acima é esclarecido pelo autor ao observar como qualquer conjunto de princípios estará acompanhado por divergências e insatisfações na própria comunidade. Entretanto, Fish destaca, é importante determinar, no âmbito dessa divergência, aqueles que são vítimas, ou seja, efetivamente prejudicados, e os que não são afetados ou mesmo se beneficiam desse processo. Princípios como liberdade e dignidade podem ser vistos como conceitos políticos essencialmente contestáveis: seus significados são continuamente colocados em disputa pelas forças políticas deles se apropriam para validar os seus projetos e interesses particulares<sup>23</sup>. O trecho abaixo desenvolve esse ponto:

Isso não significa, é claro, que os princípios serão tais que todos vão reconhecê-los, tendo em vista que sempre existirão visões opostas que trazem consigo

<sup>21</sup> Cf. FISH, Stanley. *There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too*. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 70 e ss.

<sup>22</sup> Cf. FISH, Stanley. *The Trouble with Principle*. Harvard: Harvard University Press, 1999.

<sup>23</sup> Cf. CONNOLLY, William E. *The Terms of Political Discourse*. 3. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 1993.

lógicas de seleção alternativas. Mas o que quer que essa visão informe o processo, a lógica de seleção que ele traz consigo vai produzir desigualdades que serão a causa de decepções pessoais em populações diversos. Aqueles que sofrem essa decepção são menos vítimas, do contrário eles vão ser assaltados ou roubados, sendo dessa maneira baixas, assim como se fossem demitidos por uma companhia que estaria reestruturando a sua força de trabalho com base em um grande plano<sup>24</sup>.

Esse “grande plano”, como lembra o autor, não tem como existir: as convicções e os valores são transformados tendo como base o tensionamento existente entre as visões opostas. É em meio a esses conflitos que se abrem novos itinerários nos quais os valores e os fundamentos da comunidade podem ser articulados de outras maneiras. Esse processo em si é contingente, sem um itinerário específico, sendo impactado pelas transformações culturais e políticas que marcam a comunidade em geral<sup>25</sup>. Essa é mais uma razão pela qual Fish não considera a viabilidade de uma definição do discurso de ódio capaz de apontar a maneira com que o discurso em si violou os limites estabelecidos pelo direito à liberdade de expressão.

Comunidades interpretativas constituem o pano de fundo por meio do qual textos, objetos culturais, artefatos, serão julgados e interpretados. Elas tendem a definir aquilo que se mostra importante, oportuno e pertinente, proporcionando dessa maneira um enquadramento particular sobre o que é dito, escrito e manifestado, como também formulando juízos de valores correspondentes a esses pontos, a exemplo da normalidade e da anormalidade dos casos e objetos a serem interpretados<sup>26</sup>.

Não se trata de uma questão analítica de menor grau de importância, tendo em vista que as comunidades interpretativas proporcionam as condições pelas quais os diferentes enunciados serão enquadrados como ofensivos e violadores das normas e garantias jurídicas estabelecidas no ordenamento jurídico. Então, seguindo uma abordagem pragmática, para além da dimensão semântica dos enunciados, o seu grau de ofensa está diretamente atrelado às sensibilidades culturais e ideias políticas que moldam a comunidade: são esses conteúdos os responsáveis para, de maneira direta ou indireta, proporcionar a necessária delimitação, sempre instável e tênue, entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão.

Em síntese, a operacionalidade jurídica de noções como discurso de ódio ou liberdade de expressão, na abordagem de Fish, depende inteiramente das sensibilidades, predileções e preconceitos que atualmente moldam a comunidade interpretativa dos juristas. Fish não se encontra sozinho ao defender essa abordagem já que Ronald Dworkin, em seu famoso artigo *Law as Interpretation* e na obra *Law's Empire*, apresentou também

---

<sup>24</sup> FISH, Stanley. *There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too*. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 73 e ss. No original: “This does not mean, of course, that the principles are ones everybody will acknowledge, for there will always be rival visions that bring with them alternative logics of selection. But whatever vision informs the process, the logic of selection it entails will produce inequities that will be the cause of personal disappointments in different populations. Those who suffer such disappointments are less victims, as they would be were they robbed or mugged, than they are casualties, as they would be if they were let go by a company that was restructuring its work force according to some master plan”.

<sup>25</sup> Cf. FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Harvard: Harvard University Press, 1982. p. 338 e ss.

<sup>26</sup> Idem, p. 268 e ss.

uma concepção da interpretação jurídica que, dentre outras características, contempla a influência dos valores políticos e sociais no processo de interpretação das normas jurídicas, como também o diálogo existente entre os atores jurídicos que tomam parte nesse processo<sup>27</sup>.

Esse intercâmbio é aprendido pelo autor através do seu conceito de romance em cadeia (*chain novel*) onde, em termos sucintos, o processo interpretativo reflete uma construção coletiva na qual cada ator jurídico, ao mesmo tempo em que fornece a sua contribuição particular, estabelece também um diálogo com as diversas interpretações anteriores. Assim como em Fish, Dworkin desenvolve uma concepção coletiva das práticas interpretativas, que é também elaborada na interseção entre o direito e a literatura, como também ocorre com a proposta de Fish.

De maneira muito significativa é perceptível também em Dworkin a forma como os valores políticos fundamentais vão afetar diretamente a interpretação do direito em geral e na maneira como esses conteúdos normativos serão articulados na resolução dos casos particulares<sup>28</sup>. Uma análise paralela entre as duas perspectivas no tocante ao discurso de ódio e à liberdade de expressão é algo que excede os limites desta pesquisa, mas que se mostraria produtivo para uma investigação mais cuidadosa dessa temática.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo tratou de analisar a maneira como Stanley Fish confrontou a tensão entre discurso de ódio e liberdade de expressão por meio de uma abordagem performativa. Explorando as diferentes pressuposições que constituem o mundo social no qual os falantes se encontram inseridos e que lhes fornece as condições por meio das quais os seus enunciados podem ser validados. O propósito da seção inicial residiu em mostrar como a tensão entre liberdade de expressão e discurso do ódio, ao no que concerne à teoria do direito e à teoria política, encontra-se associada à performatividade.

Na seção subsequente, a pesquisa pretendeu esclarecer alguns aspectos referentes à maneira como Fish aborda a performatividade em si tendo como fio condutor a maneira como ele reflete acerca da liberdade de expressão. A partir do seu conceito de comunidades interpretativas, a liberdade de expressão é concebida não a partir de um tratamento analítico por meio do qual as suas características ou aspectos jurídicos são prontamente articulados, e sim em meio às diferentes pressuposições que constituem o espaço social e institucional no qual os falantes se encontram envolvidos.

A liberdade de expressão e o discurso de ódio podem ser abordadas como conceitos políticos essencialmente contestáveis, ou seja, marcados por um amplo grau de disputa em torno dos seus significados e dos seus usos: não somente ocorrem divergências quanto ao modo de emprego desses conceitos, como em torno dos parâmetros ou critérios que se pode recorrer para se possa determinar a correção desses usos. A disputa em torno do significado de um conceito como liberdade de expressão, por

<sup>27</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. *Critical Inquiry*, v. 9, n. 1, pp. 179-200, 1982; DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard: Belknap Press, 1986.

<sup>28</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1986.

exemplo, não pode ser solucionada mediante alguma forma de comprovação empírica ou procedimento analítico em geral.

Na perspectiva teórica proposta por Fish, a operacionalidade jurídica de ambos os conceitos se encontra atrelada aos valores e às sensibilidades presentes na comunidade jurídica de intérpretes, sendo ela mesma impactada pelas transformações culturais que marcam o panorama social que envolvem a comunidade. Dessa maneira, a abordagem de Fish, ao menos neste ponto próxima à perspectiva interpretativa de Dworkin e do seu conceito de romance em cadeia (*chain novel*), desloca a problemática de uma perspectiva analítica, na qual a semântica e a sintaxe se mostram preponderantes, para uma na qual a dinâmica coletiva entre os intérpretes é que será determinante para a fixação e os usos das categorias jurídicas analisadas.

Entende-se que o caráter performativo dessa abordagem reside em que, uma vez operado esse deslocamento de uma análise ancorada na semântica do discurso de ódio e de sua restrição pela liberdade de expressão para uma perspectiva pragmática na qual a comunidade de intérpretes é mais decisiva, o resultado será também uma preocupação mais acentuada com os efeitos e consequências dos enunciados, o que só pode ser adequadamente apreendido quando se analisa a maneira como eles se conformam, ou não, com as convenções presentes na comunidade.

A análise dessa problemática a partir de Fish abre espaço para pesquisas posteriores que consigam explorar com mais nitidez a relação da sua perspectiva com aquela de Dworkin, além dos panoramas atuais dos estudos referentes à performatividade e à hermenêutica jurídica contemporânea. A exploração dessa temática será objeto das etapas subseqüentes dessa pesquisa.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Sobre a Reprodução*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

AUSTIN, J. L. *How to do Things with Words*. 2. ed. Harvard: Harvard University Press, 1975.

BUNKER, Matthew D. The End of First Amendment Theory? Stanley Fish and Freedom of Expression. *Communication Law and Policy*, v. 2, n. 1, p. 1-39, 1997.

BUTLER, Judith. *Excitable Speech: A Politics of the Performative*. London: Routledge, 1997a.

BUTLER, Judith. *The Psychic Life of Power: Theories in Subjection*. Stanford: Stanford University Press, 1997b.

CONNOLLY, William E. *The Terms of Political Discourse*. 3. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 1993.

DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. *Critical Inquiry*, v. 9, n. 1, pp. 179-200, 1982.



DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard: Belknap Press, 1986.

FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Harvard: Harvard University Press, 1982.

FISH, Stanley. *The First: How to Think About Hate Speech, Campus Speech, Religious Speech, Fake News, Post-Truth, and Donald Trump*. New York: Atria, 2020.

FISH, Stanley. *The Trouble with Principle*. Harvard: Harvard University Press, 1999.

FISH, Stanley. *There's No Such Thing as Free Speech.. and It's a Good Thing Too*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

FISH, Stanley. With the Compliments of the Author: Reflections on Austin and Derrida. In:

FISH, Stanley (org). *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press, 1989. p. 37-67.

SPAACK, Torben. Relativism in Legal Thinking: Stanley Fish and the Concept of an Interpretative Community. *Ratio Juris*, v. 21, n. 1, p. 157-171, 2008.

Data de Recebimento: 07/10/2021.

Data de Aprovação: 18/01/2022.

## PLURALISMO JURÍDICO E A JURISDIÇÃO CONSENSUAL

### LEGAL PLURALISM AND CONSENSUAL JURISDICTION

Gisele Gutierrez de Oliveira Albuquerque\*  
Lídia Maria Ribas\*\*

#### RESUMO

O trabalho examina a construção de uma jurisdição consensual no direito brasileiro sob as bases teóricas do pluralismo jurídico. Para a discussão formulou-se o seguinte problema de pesquisa: é possível construir um novo paradigma de jurisdição consensual no Brasil alicerçado no pluralismo em sua vertente comunitária e participativa? Tem por objetivo discutir se o pluralismo jurídico pode se valer da prática autocompositiva para se efetivar como um paradigma de jurisdição em superação ao monismo estatal, descrever o ambiente de solução de conflitos que escapa do normativismo oficial e analisar a prática da mediação como espaço propício à concretização de um direito extraoficial alinhado com as ideias pluralistas. Em conclusão, verifica-se que a jurisdição estatal não é a única fonte de direito e a pacificação social passa pelos meios autocompositivos, reconhecendo-se legítimos os direitos advindos de relações plurais. Utiliza-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo.

**Palavras-chave:** Prática Consensual; Solução de Conflitos; Justiça Multiportas; Direito Alternativo; Acesso à Justiça.

#### ABSTRACT

The work examines the construction of a consensual jurisdiction in Brazilian law under the theoretical bases of legal pluralism. For the discussion, the following research problem was formulated: is it possible to build a new paradigm of consensual jurisdiction in Brazil based on pluralism in its community and participatory aspect? Its objective is to discuss whether legal pluralism can use self-compositional practice to become a paradigm of jurisdiction in overcoming state monism, describe the conflict resolution environment that escapes official normativism and analyze the practice of mediation as a favorable space to the realization of an unofficial right in line with pluralist ideas. In conclusion, it appears that the state jurisdiction is not the only source of law and social pacification passes through self-composing means, recognizing legitimate rights arising from plural relations. Bibliographic research and the deductive method are used.

**Key-words:** Consensual Practice. Conflict Resolution. Multi-Door Justice. Alternative Law. Access to Justice.

---

\* Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4759868844519570>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0316-943X>, E-mail: [giselegutierrezadv@gmail.com](mailto:giselegutierrezadv@gmail.com).

\*\* Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora permanente do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6871754362505452>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4764-6661>, E-mail: [limaribas@uol.com.br](mailto:limaribas@uol.com.br).

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade analisar o cabimento do pluralismo jurídico nas práticas consensuais de solução de conflitos reconhecendo as relações sociais coexistem com a complexidade de esferas de culturas e ações diferenciadas, simultâneas e entrelaçadas, ora concordantes e ora conflitantes, determinadas tanto pela maneira como as pessoas vivem, pensam e se relacionam entre si, quanto pela simbolização e interpretação dessas condições sob a forma de instituições sociais.

No intuito de verificar uma resposta ao tema proposto formulou-se o seguinte problema de pesquisa: é possível construir um novo paradigma de jurisdição consensual alicerçado no pluralismo em sua vertente comunitária e participativa?

Nesse sentido, as relações que se encontram inseridas em uma sociedade globalizada ou líquida, marcada por incertezas e imprevisões, que sofrem os efeitos do racionalismo neoliberal faz surgir um novo paradigma de jurisdição consensual no Brasil. Sob este aspecto o pluralismo jurídico contribui com uma proposta democrática de se pensar o direito a partir de uma sociedade participativa.

Fixadas essas premissas, se percebe nas práticas autocompositivas um espaço que foge da normatividade e que, reconhecidamente, promove emancipação social, uma concepção de cidadania e de aperfeiçoamento democrático. O pluralismo jurídico é abordado como fator importante para a formação do pensamento interdisciplinar do direito e para a construção de novos paradigmas de jurisdição. Por conseguinte, o diálogo entre esses temas perpassa pela quebra de dogmas tradicionais e positivistas para a elaboração de novos símbolos e significados sob a ótica da diversidade e da alteridade.

Pretende-se, pois, como objetivo geral do trabalho discutir como a concepção teórica do pluralismo jurídico pode se valer da mediação para se efetivar em um cotejo recíproco entre as ideias que lhe dão base. Para cumprir com o proposto, a pesquisa apresenta dois objetivos específicos: descrever o espaço de solução de conflitos que escapa do normativismo oficial e analisar a prática da mediação como espaço propício à concretização de um direito extraoficial alinhado com as ideias pluralistas de democratização.

O tema se justifica pela necessidade de se (re)pensar o direito, a jurisdição e a mediação sob as bases de um ambiente multicultural que vai ao encontro com o pensamento do pluralismo jurídico comunitário e participativo. De fato, a junção das ideias de pluralismo com o local da resolução de conflito próprio da mediação, em que se distancia da jurisdição monista estatal e se cria um espaço aberto e dinâmico para aquela situação específica, tem a potencialidade de alterar a forma como o próprio direito e as soluções de conflitos são vistos, estudados e aplicados.

Utiliza-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo por meio do enfoque jurídico-sociológico que traz, em um primeiro momento, o pluralismo jurídico como modelo de superação ao monismo estatal; no segundo momento, a contribuição do pluralismo comunitário e participativo na construção de um paradigma de jurisdição consensual, e, por fim, a mediação autônoma e antecipatória como um espaço propício à concretização de um direito extrajudicial.

## Pluralismo jurídico como novo paradigma de jurisdição consensual

Em face dessas premissas, pretende-se assinalar, neste item, o fenômeno jurídico que surge na moderna cultura europeia ocidental, a partir do século XVII e XVIII; à visão de mundo predominante no âmbito da formação social burguesa, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista e da centralização política, através da figura de um Estado Nacional Monopolista que formam as bases do Estado pós-moderno do século XXI<sup>1</sup>.

Ao se conceber o Direito como produto da vida humana organizada e como expressão das relações sociais provenientes de necessidades, constatar-se-á que, cada período histórico da civilização ocidental, dominam certo tipo de ordenação jurídica. Nessa perspectiva, buscar-se-á, inicialmente, descrever e caracterizar, em linhas gerais, o Direito da sociedade moderna, realçando sua adequação como o tipo de sociedade emergente (sociedade burguesa), com o modo de produção material (economia capitalista), com a hegemonia ideológica (liberal-individualista) e com a forma de organização institucional de poder (Estado Soberano) que passa a ser configurada na dominação racional-legal (burocracia).

Em geral, o estudo do pluralismo jurídico serve para reforçar a tese de que o século XXI passa por grandes dificuldades e problemas sociais que necessitam de mudanças. A crise na jurisdição denuncia as instituições jurídicas, em especial os tribunais, quando não respondem mais satisfatoriamente às demandas e às novas necessidades que surgem na sociedade. Assim, acabam negligenciando na prestação de seus serviços e na efetividade do princípio do acesso à justiça, na medida em que insistem no monismo estatal ineficiente e resistem na construção de um espaço mais aberto, dialógico e condizente com a realidade social.

Os estudos acerca do pluralismo jurídico, por sua vez, se voltam para a negação do Estado monopolista, resistindo em reconhecer como legítimas as regras e normas originárias dos diversos grupos e comunidades sociais, que vivem à margem da sociedade em face da legitimação de um direito formal-positivista, monopolizado pelo poder estatal. Em outras palavras, o estudo do pluralismo se justifica na medida em que os fenômenos sociais e jurídicos são elementos coexistentes na relação Sociedade – Direito – Estado.

Assim, embora os conflitos sejam um fator universal (onde os humanos compartilham entre si e com a natureza) e apesar da existência da justiça também ser um fator universal, a multiplicidade de formas e significados “do que é justiça justa” leva-se, entretanto, a indagar se ela é efetivamente una ou se é uma instituição pluralista. Em outras palavras, ainda que o monismo tradicional de justiça tenda a operar de maneira quase sempre idêntica e regular em toda parte e em todo o tempo – pois as leis e normas de um Estado são sobrepostas dentro daquela localidade -, é cabível indagar se não é um fato inesperado que, no caso da justiça/jurisdição, têm de ser consideradas as leis universais como variáveis e mesmo opostas. Ou seja, seriam efetivamente leis universais?

Essa mesma indagação pode ser suscitada quando analisa não o sistema jurídico tradicional, e sim a variação de símbolos e significados no interior de diferentes grupos ou comunidades com culturas diferentes em relação ao modo de vida, opiniões, ideias e

<sup>1</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.23.

visão de mundo. Além disso, cada uma das culturas justifica para si mesma o que é ter justiça por meio das significações atribuídas no conflito entre o “que é meu e o que é do outro”, isto é, pelo sentido que cada uma delas atribui à “o que é ter acesso a uma justiça justa”, de maneira que, embora o conflito seja natural, o significado que lhe é atribuído ainda é institucionalizado pelo Estado.

A simbolização do que venha a ser a expressão “justiça justa” levou Cappelletti e Garth<sup>2</sup> (1988, p. 80) a reconhecer a sua difícil definição. Eles encontraram duas finalidades básicas para o sistema jurídico que justifica o processo que deu origem à jurisdição como fator social estatal: (1) o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou (2) resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Em outras palavras, primeiramente, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

De fato, o denominado “Movimento de Acesso à Justiça”, iniciado para valer no limiar do século XX – e ainda não acabado -, tem por escopo analisar e buscar caminhos para superação dos obstáculos que impedem os cidadãos de obter adequada e tempestiva prestação jurisdicional. O significado do direito de acesso à justiça sofre transformações importantes, que corresponde a uma mudança equivalente no estudo e no ensino do próprio processo civil. Essas transformações foram relatadas na obra “O Acesso à Justiça” de Cappelletti e Garth (1988) que deixam claro, em primeiro lugar, a necessidade de se redefinir o significado do que venha a ser efetividade dos direitos<sup>3</sup>:

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas.

Refletindo sobre essa situação, Cappelletti e Garth identificaram três posições básicas ou três ondas que emergiram nos países ocidentais para amenizar a falta de efetividade no modelo de sistema de justiça estatal à época. Por conseguinte, chegou-se à conclusão de que a questão do acesso à justiça passou por uma evolução ao longo desses anos. Isto é, de um acesso restrito e limitado a depender de determinados estamentos da sociedade, o acesso ao Judiciário passou a se expandir, em conjunto com o desenvolvimento de um Estado mais efetivo às políticas sociais.

O ponto de partida de Cappelletti e Garth é que cada “onda” surgiu em um lapso temporal, contudo, todas possuem correlações. A primeira “onda” diz respeito a prestação de serviços jurídicos aos pobres. Enquanto a segunda “onda” tem o intento de esmiuçar os interesses difusos, permitindo que o processo tenha uma inclinação à coletividade da tutela. Nesta direção, a terceira “onda” faz referência a uma reforma interna do processo

---

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. (trad.) Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant., *Op. cit.*



judicial, buscando proporcionar a exequibilidade dos direitos sociais.<sup>4</sup> No entanto, faz-se necessário ressaltar que a finalidade de todos os movimentos de acesso à justiça é humanizar o sistema jurídico processual com o intuito de erradicar todo e qualquer método que seja caro e moroso para as pessoas envolvidas em um conflito.

Com efeito, fatores como a expansão da globalização e do sistema capitalista delegaram ao Estado a responsabilidade em oferecer prestações mais ágeis e eficazes à sociedade, mudando significativamente o conceito de acesso à justiça até então aplicado. Se antes a expressão significava, somente, o acesso de todas as pessoas ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao Estado-juiz, hoje, o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar, às partes, a solução mais satisfatória para seus conflitos.

Já a pesquisa, limitar-se-á a pontuar as bases do pluralismo jurídico como referencial teórico escolhido para embasar a presente tese por meio de recorte temporal e histórico acerca da cultura jurídica estatal.

Sob esta perspectiva, a proposta jusfilosófica do italiano Santi Romano, foi considerada de grande relevância e rigor no rol das alternativas ao cultismo legal na década de trinta, quando se destacou como o primeiro a chamar a atenção para a expressão “ordenamento jurídico” em sua obra *“L’Ordinamento Giuridico”*, no ano de 1918. Com efeito, abordou o Direito, em primeiro lugar, como um todo unitário, como uma instituição. Em seguida, esmiúça a teoria do Direito em dois pontos importantes: (1) contrapõe-se ao normativismo positivista, e (2) constrói a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos que se opõe ao monismo estatal.

Santi Romano enumerou dois elementos essenciais para a construção dessa concepção: uma delas foi diferenciar o significado de sociedade. Ou seja, (a) elaborar uma concepção de sociedade diferente de uma simples relação entre os indivíduos, como seria, por exemplo, a relação de amizade, a qual é estranho qualquer elemento jurídico, e, (b) elaborar o sentido de entidade distinta dos indivíduos que a compõe, mesmo se constituindo de maneira formal e extrinsecamente de uma unidade concreta. E, o outro elemento essencial para se pensar o Direito foi definir o sentido de ordem social.

Em outras palavras, Santi Romano não reduz o conceito de norma jurídica à norma estatal, haja vista que considera que as normas jurídicas existem em maior número que as estatais. Isso significa que o ponto de partida de se pensar o Direito não é a norma. Ou seja, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, o Direito

---

<sup>4</sup> E hoje podemos afirmar que, embora ainda haja muitas providências a serem adotadas, se avançou muito na primeira onda renovatória do acesso à justiça, identificada por Cappelletti como a que assegura o acesso à justiça dos menos favorecidos (pelos Juizados Especiais, pela instituição da Defensoria Pública e pelo incremento à Justiça conciliativa), Em relação à segunda onda, o Brasil foi pioneiro, entre os países de *civil law*, em institucionalizar a tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, que ainda está aperfeiçoamento; e a terceira onda – o modo de ser do processo – é objeto das atuais e permanentes preocupações dos especialistas, contando o sistema com a introdução de novos instrumentos de aceleração, desformalização e informatização do processo, sem contar com o novo Código de Processo Civil, que adotou institutos e técnicas novos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 78.

é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo.

Nessa formação não existe o nascimento do Direito com o advento do Estado, como afirmam alguns teóricos da Modernidade. O que existe, para Santi Romano, é a vinculação do Estado com o seu ordenamento jurídico, sem, no entanto, excluir os outros ordenamentos jurídicos existentes.

Assim, a lógica é que<sup>5</sup>:

O Estado deve ser considerado não como a única ordenação existente, mas como uma das ordenações que constituem o mundo jurídico existente e que, entre si, vivem ora em relação de coexistência social, ora em luta, ora ignorando-se umas às outras.

A ideia aqui é de que toda a instituição que surge como um ente ou corpo social bem estruturado e firmado em relações estáveis e permanentes transforma-se em um ordenamento jurídico. Segundo Wolkmer<sup>6</sup>, Santi Romano reconhece em sua tese que:

Apontadas como impróprias e não satisfatórias, as concepções do Direito como conjunto ou sistema de normas são substituídas por aquelas que projetam o Direito como ordenamento jurídico, ou seja, como um corpo social concreto com vida em si e por si, capaz de expressar e identificar a normatividade implícita em “sua estrutura e nos seus caracteres essenciais”, portanto, se todo ordenamento jurídico é uma instituição e “cada instituição é um ordenamento jurídico objetivo”, torna-se necessária e absoluta uma questão entre as duas entidades. Por outro lado, as normas ou o complexo normativo nada mais são do que a pura manifestação particularizada de uma “ordenação autônoma” ou instituição dada.

Pode-se resumir essas ideias da seguinte maneira: o Estado, por não deter o monopólio da produção jurídica, convive com situações que inviabilizam reduzir o lícito ao jurídico. Isso configura um quadro em que o ilícito sob o ponto de vista da ordenação estatal poderá ser perfeitamente jurídico para uma organização não-estatal. Isso porque, o Direito antes de ser norma, é organização ou corpo social; é neste momento que a norma comunica com o seu produto ou sua derivação. Por conseguinte, existe uma ampla variação de ordenamentos jurídicos distintos, cada qual com vida própria, não subordinada ao Estado e a seu ordenamento legal.

Não só isso, mas se torna passível de conclusão sobre o Estado ser somente uma entre outras instituições humanas que podem existir e na realidade existem entre os diversos grupos sociais.

Entre as várias contribuições de juristas, filósofos, os sociólogos Eugen Ehrlich (1918) e Georges Gurvitch (1965) foram os que mais avançaram na construção teórica de um autêntico e original pluralismo jurídico. Assim, por exemplo, nas concepções identificadas com o Direito Livre, o ponto de partida em suas teses foi a constatação de

---

<sup>5</sup> ROMANO, Santi. *O ordenamento Jurídico*. (trad.) Arno Dal Ri Júnior, Fundação Boiteux, 2008. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4102829/mod\\_resource/content/1/santi%20romano\\_ordena\\_mento%20juridico.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4102829/mod_resource/content/1/santi%20romano_ordena_mento%20juridico.pdf). Acesso em 05 fev. 2021.

<sup>6</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no direito. 4ª edição rev. e atual. São Paulo. Ed. Saraiva, 2015. p. 128.

que a sociedade é formada por organizações bem diversificadas ou associações humanas interrelacionadas.<sup>7</sup>

Fazer essas observações significa dar atenção as diferentes associações que compreendem grupos, comunidades religiosas, corporações, classes, estamentos, partidos políticos e famílias, interagindo entre si e conservando um grau de autonomia diante do Estado. É nesta perspectiva que a ordem interna dessas associações se revela a primeira e a mais fundamental forma do Direito. Em resumo, Wolkmer<sup>8</sup> afirma que:

O verdadeiro Direito é o “Direito vivo”, que não se prende a doutrinas, dogma, norma de decisão ou prescrições estatais, mas provém da “vida concreta e diária das pessoas”, das relações entre os homens, como o casamento, o contrato e o testamento. Trata-se de um “Direito vivo” que se contrapõe ao Direito vigente dos tribunais e dos órgãos estatais, pois domina a vida de forma originária e realista, não precisando impor-se através de fórmulas técnicas e regras fixas.

As proposições de Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch<sup>9</sup> de que o “Direito não se confunde com o Estado” e que “toda sociedade compreende subgrupos cada um com seu próprio sistema jurídico mais ou menos autônomo” fundamentam o pluralismo nas suas mais diversas correntes. De fato, para estes autores a evolução do direito deve ser buscada na própria sociedade, e não na lei ou na jurisprudência -, aludem à concepção de um movimento pró-desjudicialização estabelecido por meio de uma alteração de condutas de analogias interpessoais que envolvem as pessoas em conflito e outras instituições sociais correlatas.<sup>10</sup>

No Brasil, as ideias do pluralismo jurídico procuraram romper com a tradição da cultura jurídica monista por volta da década de 80, por meio de um grupo de juristas brasileiros que buscavam formas de democratizar o poder judiciário nacional. Desde então houve uma popularização nacional do direito alternativo manifestado nas decisões judiciais que embora não diretamente ligadas ao direito alternativo refletem por si só uma evasão das prescrições normativas puramente estatais.

O direito alternativo – condicionante do pluralismo jurídico – é uma forma de direito caracterizada por não buscar as normas apenas no ordenamento jurídico estatal positivado. Nos ensinamentos de Wolkmer<sup>11</sup>:

Trata-se de extrair a constituição da normatividade não apenas mais das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia dos interesses do todo comunitário, num *lôcus* político, independente dos rituais formais de institucionalização.

Em geral, o pluralismo jurídico pode ser definido como a existência de mais de um ordenamento jurídico válido dentro de um mesmo Estado. À primeira vista, pode parecer

<sup>7</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.* 2015.

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> VIEIRA, Reginaldo de Souza. *Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch*. Direito, Estado e Sociedade, n. 47, p. 108-127 jul/dez 2015. Rev. de Direito, PUC/RIO.

<sup>10</sup> WOLKMER, Antonio Carlos., *Op. cit.* 2015.

<sup>11</sup> *Idem.*

estranha a possibilidade de haver diversos ordenamentos jurídicos dentro de um território nacional quando se está habituado com a homogeneização dos direitos. Isso faz sentido quando se compreende a profunda crise paradigmática que o Judiciário vive desde o final do século XX, diante de novos e contraditórios problemas que não respondem de forma satisfatória as demandas sociais.

Eugen Ehrlich (1862-1918), jurista e sociólogo, considerado um dos fundadores da Sociologia do Direito, define a concepção de um direito vivo, de caráter pluralista e que não nega a existência do Estado, mas rejeita a matriz unívoca do monismo jurídico e seu paradigma formalista. Para o autor, o Estado é apenas mais uma das associações organizadas que compõem a Sociedade, ao lado das comunidades, da família, da igreja, da opinião pública.

De acordo com essa linha de pensamento, é no corpo destas associações que o Direito surge e se desenvolve, criando normas jurídicas que ainda não se caracterizam como prescrições normativas (leis) emanadas pelo Estado que, em um segundo momento, irão coexistir com elas.

Pode-se perceber, assim, a questão da atuação do judiciário na efetividade de direitos tem revelado a necessidade da democratização da jurisdição que sofre com a superficialidade do centralismo jurídico Estatal. Em outras palavras, o pluralismo jurídico é fundamental para a construção de um Estado Constitucional com democracia plena. Isso significa, portanto, que o Estado sob os pilares da democracia e da dignidade humana encontra-se ligado a soberania popular e a proteção das minorias, voltando-se para um pluralismo jurídico aberto e condizente com a busca da melhor solução em harmonia com os novos fenômenos culturais e sociais da sociedade pluralista. Por conseguinte, a intervenção do Judiciário deixa de ser exclusiva em todas as soluções de conflito.

A definição acerca do conceito geral de pluralismo jurídico levou alguns estudiosos a dividi-lo com base em dois sentidos que mesmo distintos caminham lado a lado. O primeiro sendo o sentido fraco do termo – Direito Estatal -, que o define como a existência de mecanismos jurídicos diferentes que se aplicam às situações idênticas no contexto da sociedade. Já o segundo, o sentido forte do termo, reconhece o pluralismo como a existência de diversas ordens emanadas de diferentes grupos sociais quando inseridos na sociedade. Assim, conclui-se destes conceitos, que tanto o Direito Estatal – sentido fraco – como o direito produzido por outros grupos – sentido forte – coabitam em uma mesma sociedade, embora divergentes e com diferenças relevantes.

Ao separar os conceitos, consegue-se ter uma visão ampla acerca de suas perspectivas dentro de um contexto dinâmico da realidade. Em sua versão fraca, o pluralismo jurídico revela-se em vantagem para o Direito Estatal, quando reduz o campo da autonomia para manifestações permitidas, toleradas, controladas e reguladas pelo Estado. Alguns estudiosos no assunto, classificam esta versão mais como uma “pluralidade de mecanismos jurídicos” do que como o pluralismo jurídico propriamente dito. Por outro lado, no seu sentido forte, o pluralismo denota uma realidade construída a partir de uma vasta produção de ordens jurídicas advindas de grupos e comunidades distintas dentro de uma mesma sociedade.

Ainda sobre os dois sentidos do pluralismo jurídico, enfatiza-se que estas distin-

ções não retratam somente sutilezas ou diferenças vãs realizadas pelos juristas, mas representam diretrizes de suma importância para se construir reflexões relevantes acerca do tema. Destarte, a existência das múltiplas ordens jurídicas surgidas de diferentes grupos sociais é igualmente legitimada com o direito produzido pelo ente estatal.

O Estado, ao longo de sua história, mostra-se uma figura cada vez mais complexa no contexto social. Dizer que o surgimento dos primeiros Estados Nacionais Modernos sob a forma de monarquia absolutista, depois com o surgimento do Estado Liberal com seus ideais liberais e, por fim, com o Estado Social, o colocou em um lugar de supremacia, como centro organizador e regulador de uma hierarquia que estrutura e articula as relações existentes entre Estado – Sociedade – Direito, não é uma tarefa simples de se realizar.

Portanto, se fez neste item um recorte histórico-político para delimitar o estudo à atuação do Estado enquanto poder legislador e centralizador de competências jurídicas que ao longo do tempo instituiu um sistema jurídico hegemônico e uniforme.

Sob esta abordagem, Hobbes<sup>12</sup> contribuiu para a justificação e sistematização da moderna comunidade política absoluta, alicerçada na “soberania ilimitada” e na “total obediência do indivíduo ao soberano”. Numa ordem estável não se concebia a multiplicidade, a divisão interna e o pluralismo social dos grupos intermediários, pois toda a sociedade estaria concentrada no Estado unitário e soberano.

Para Hobbes o homem é um ser naturalmente mau e por isso há a necessidade de existir um órgão forte o suficiente para controlar os instintos maliciosos existentes nele. Assim, justifica-se o poder absoluto do Estado, e, conseqüentemente, o despotismo de um soberano<sup>13</sup>.

Esta conceituação da comunidade política absoluta hobessiana aparecerá, na Inglaterra do século XVII, idealizada na obra o *Leviatã*. É nesse célebre texto político que Hobbes proclama que a essência do Estado está concentrada numa só pessoa que possui o poder soberano e que é capaz de “usar a força e os recursos de todos, da maneira que considere conveniente para assegurar a paz e a defesa comum.

Pelo contrato e não por instituição natural de sociabilidade, os homens estabelecem um pacto social pelo qual aceitam renunciar à sua liberdade natural e transferir todo o poder a um soberano que, por meio das leis, determina as relações sociais permitidas e as proibidas. Por conseguinte, essa configuração expressa a combinação de fatores internos e externos das formações sociais ocidentais, bem como o impacto de profundas transformações estruturais, de natureza socioeconômica, político-jurídica e ético-cultural.

A reflexão sobre o pluralismo jurídico surge, *à priori*, da negação de legitimação local e regional da existência de regras e normas que nascem no interior de comunidades periféricas da sociedade por parte do Estado, o qual reconhece como legítimo somente o

<sup>12</sup> HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>13</sup> WOLKMER, Antonio Carlos., *Op. ci.t.*, 2015. p.42.



direito formal e monopolizado advindo do seu poder. No intuito de entender a dialécticidade acerca do tema, Santos<sup>14</sup> contextualiza ponderando:

A comunidade é o lugar de identificação, não funciona como uma espécie de corpo operativo, mas sim, como o ponto referencial e identificador em torno do qual os seus membros estão de alguma forma vinculados, identificados enquanto sujeitos inseridos na realidade, que desenvolvem o sentimento de pertença cultural e expressam suas próprias formas de um sentir comum, integrador, libertador e emancipatório, independente da importância social ou dos valores professados no contexto sócio-cultural determinado. Assim, se pode conceber o ser brasileiro que pertença à nação brasileira. É fundamental tomar por referência a realidade comunitária de pertença do sujeito que cria as regras e normas de convivência, que permitem o exercício das liberdades externas.

Por conseguinte, os novos sujeitos sociais que surgem às margens da sociedade – grupos minoritários e discriminados – têm autonomia para resolver seus próprios problemas por meio de um processo dialógico e intercultural entre os atores desta relação pautado na diversidade, diferença, alteridade e no respeito mútuo.

Entendida sociologicamente como a escolha de critérios e objetivos sociais em favor da sociedade, o pluralismo jurídico se posiciona de forma crítica ultrapassando limites e obstáculos impostos pelo racionalismo do sistema neoliberal e pelos efeitos da globalização.

Portanto, nesta concepção de pluralismo, busca-se, *a priori*, a possibilidade de mudança no contexto tradicional de Jurisdição, tendo como premissa o ser humano, o outro diferente, o sujeito da ação, criando-se valores e estruturas em harmonia com as diversas configurações interrelacionais existentes entre o individual e o comunitário, por meio do debate que vai além da relação entre Estado e Mercado.

Com efeito, o conceito de Estado de Direito sofre profundas reflexões oriundas do pensamento pluralista quando são legitimados direitos originários das relações sociais de grupos e comunidades plurais existentes dentro da sociedade em detrimento de um monismo estatal.

Todavia, a problemática explorada é a ideia de existirem outras fontes do direito diferentes daquelas apontadas pela doutrina tradicional e sustentá-las por meio do referencial teórico do pluralismo jurídico, o qual nega que o Estado seja o único e exclusivo produtor oficial de direitos.

Se, no entanto, o Estado não for o primeiro momento para se legitimar Direitos, como apontam os defensores do pluralismo jurídico, então serão levados a concluir que, existem outras fontes de direito diferentes daquelas apontadas pela doutrina tradicional. Com efeito, cabe perguntar aqui: Qual o significado de diversidade, igualdade e autonomia dentro de um contexto que reconhece como legítima outras produções de direito diferentes do ordenamento jurídico tradicional do Estado?

---

<sup>14</sup> SANTOS, Valdoir da S. *O Multiculturalismo, o Pluralismo Jurídico e os Novos Sujeitos Coletivos no Brasil*. Orientador: Antônio Carlos Wolkmer. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 272. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/88574/230469.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>. Acesso em 24 mar. 2020.

O panorama ora apresentado justifica o estudo do pluralismo jurídico, com vistas a esclarecer estas questões, partindo da análise dos fenômenos sociais e jurídicos existentes entre a tríade Sociedade – Direito – Estado, considerando que caminham juntos em uma correlação e interdependência.

Ao explicar a interrelação existente entre esses elementos, os estudiosos, em um primeiro momento, defendem a ideia de autolimitação do direito e da sua não preexistência ao Estado. Assim, compete, exclusivamente, ao organismo estatal a produção de toda a ordem jurídica. Entretanto, ao longo da história, com a introdução do direito romano e a criação das codificações, o direito atravessou as sociedades e mudou esta concepção. A sociedade se democratizou, ao passo que se ampliou o direito e se civilizou, transformando-o em um Estado de direito.

Para Boaventura,<sup>15</sup>

Esta diversidade sociojurídica opera transformações de diferentes dimensões. No âmbito epistemológico, o direito cientificizado, privilégio de poucos especialistas, é depurado por um novo senso comum jurídico. O caráter elitista do direito em sua concepção e prática hegemônicas e o seu papel como mecanismo de dominação de classes, de diferenciação, hierarquização e exclusão social é submetido a profunda crítica. A suposta neutralidade da ciência e práticas jurídicas é posta em causa e confrontada com uma concepção política do direito que vê neste um importante instrumento de luta e de transformação social.

Após a tendência de identificação do direito a estrutura estatal, em uma segunda abordagem sobre este instituto, aponta para o surgimento de um princípio anterior e superior, ao qual encontra-se submetido. Distante de ser considerado um princípio com estruturas metafísicas, a ordem que preexiste ao Estado é atribuída à sociedade. Desta forma, no auge do século XXI a sociedade é reconhecida no mundo acadêmico como fonte do Direito.

Por conseguinte, na concepção pluralista do direito há uma superação do próprio direito estatal, firmando suas bases em organizações sociais distintas da forma tradicional; sustentando a existência de sociedade sem Estado. Outrossim, ao mesmo tempo que negam a existência de apenas uma ordem jurídica estatal, reconhecem a existência de ordens jurídicas infra-estatais.

Na concepção pluralista contemporânea, de acordo com Santos<sup>16</sup>, o Estado não possui o monopólio do direito oficial:

Com a concepção pluralista do direito, há uma superação do próprio direito estatal e oficial. Esta maneira de pensar plural do direito implica em afirmar que o Estado não detém, efetivamente, o monopólio da produção do direito. Questiona-se, assim, o Estado de direito, a partir desta nova problematização. Do ponto de vista antropológico, não se encontra no Estado o fundamento da sua própria limitação jurídica. O Estado, apenas, mantém o domínio do ordenamento jurídico, uma vez que no âmbito interno, é a sociedade que cria os sistemas jurídicos existentes. De fato, constata-se dentro de uma realidade social uma pluralidade de ordens jurídicas.

<sup>15</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Ed. Almedina. 2014. E-book.

<sup>16</sup> SANTOS, Valdoir da S., *Op. cit.*, p. 273.

Neste sentido, o pluralismo jurídico supera a problemática com relação ao Estado de Direito ao sustentar que o Estado não tem monopólio da produção do direito oficial. No interior da realidade social, constata-se a pluralidade de ordens jurídicas que interagem e, a partir desta interação elabora-se um duplo controle: o do Estado sobre as ordens infra-jurídicas, que são toleradas, incentivadas ou combatidas e, sobre o que resulta da própria existência dessas ordens. Cita-se, a título de ilustração, o caso de detento que continua a obedecer às leis da sociedade, mesmo sendo forçado a observar as leis do estabelecimento carcerário.

O sistema tradicional de jurisdição, por vezes, é moroso e burocrático para os seus usuários, o que acaba distanciando-os da estrutura judicial tradicional, especialmente aqueles que vivem em contextos de exclusão socioeconômica e até mesmo cultural. Ademais, pelo fato de não se incluírem no direito positivado, determinadas situações não se resolvem com uma simples ação judicial e uma conseqüente decisão dada pelo juiz.

De acordo com Boaventura,<sup>17</sup>

De um ponto de vista sociológico, as sociedades são jurídica e judicialmente plurais, circulam nelas vários sistemas jurídicos e judiciais e o sistema jurídico estatal nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do cotidiano da grande maioria dos cidadãos.

Assim, percebe-se a necessidade de repensar o direito com base na afirmação da “existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos que não se reduzem entre si”.<sup>18</sup>

Nesse aspecto, busca-se como paradigma um pluralismo jurídico democrático e participativo capaz de ser instrumento de novas formas plurais emancipatórias e contra-hegemônicas de legitimação.

### **Pluralismo jurídico como pressuposto à mediação autônoma e antecipatória**

O pluralismo jurídico, propriamente dito, constitui-se com base em um conjunto variado de tendências e origens diferenciadas e concepções de caráter singular, sendo conceituado em seu marco teórico e prático, em todo o vigor de uma expressão, como “a multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.<sup>19</sup>

Cumpre destacar, que o pluralismo segundo Wolkmer, independentemente de suas múltiplas manifestações, constrói suas bases em dois pontos fundamentais: 1) não se admite a ideia de que o Estado seja a única fonte possível de criação do direito; 2) os critérios tecno-formais positivistas ocupam uma posição subalterna em relação aos fundamentos ético-políticos e sociológicos, firmando-se uma postura crítica e anti-

<sup>17</sup>SANTOS, Boaventura de Souza. *Op. cit.*

<sup>18</sup>SANTOS, Valdoir da S. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>19</sup>WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.172.

dogmática, de descentralização, em antítese ao direito legal-formalista, fragmentado das realidades múltiplas e singulares.

Neste sentido, Santos<sup>20</sup> faz a seguinte reflexão:

Numa perspectiva crítica, busca-se esboçar as linhas mestras de um novo paradigma cultural e jurídico. Tal hipótese encontra sua razão de ser em face da crise de vários setores da sociedade, posto que se verifica que as instituições, a racionalização e a legitimação do sistema capitalista globalizado, o modelo liberal de representação política e o aparato jurídico instituído, não mais respondem satisfatoriamente às demandas e às novas necessidades que surgem no atual cenário sociocultural, político e jurídico.

A linha interpretativa deste pensamento, têm como bases a pluralidade de fontes e o repensar pautado na democracia pluralista (expressão do direito à diferença, à identidade coletiva, à autonomia e à igualdade), se contrapondo ao individualismo e ao caráter monopolista do sistema jurisdicional, o qual considera as forças dos sujeitos sociais na legitimidade de novos direitos pautados na dignidade e no reconhecimento das diferenças.

No campo das instituições jurídicas, aponta-se para as dificuldades que os tribunais vêm enfrentando diante situação de crise em vários setores da sociedade, as quais se legitimam no sistema capitalista globalizado, nos efeitos do modelo liberal de representação política e no mecanismo jurídico instituído. Num contexto sociopolítico e jurídico, a jurisdição estatal formal-positivista não mais responde satisfatoriamente ao surgimento de novas demandas e necessidades.

Para Wolkmer, é necessário um novo referencial epistemológico que atenda às exigências da atualidade, em especial a realidade da sociedade brasileira. As ciências humanas e a ciência jurídica devem repensar reflexiva e criticamente a questão da crise da racionalidade formal e do saber cristalizado e tradicional. O conhecimento fundamentado em estruturas lógico-formais e que sustentam a legalidade estatal, não serve mais como instrumento teórico e prático para dar conta das “[...] condições existenciais, materiais e culturais refletidas pela globalização sócio-política estudada.”<sup>21</sup>

No sentido de definir o pluralismo jurídico Wolkmer<sup>22</sup> afirma que:

O novo pluralismo, de características participativas, é concebido a partir de uma redefinição da racionalidade e de uma nova ética, pelo refluxo político e jurídico de novos sujeitos – os coletivos; de novas necessidades desejadas – os direitos construídos pelo processo histórico; e pela reordenação da sociedade civil – a descentralização normativa do centro para a periferia; do Estado para a Sociedade; da lei para os acordos, os arranjos, a negociação. É, portanto, a dinâmica interativa e flexível de um espaço público aberto, compartilhado e democrático.

O estudo realizado por Wolkmer sobre o pluralismo jurídico indica características acentuadas de complexidade e multiplicidade nas relações sociais, salientando a

<sup>20</sup> SANTOS, Valdoir da S. *Op. cit.*, p. 275-276.

<sup>21</sup> WOLKMER, Antonio Carlos., *Op. cit.* 2003, p. 170.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 171.

relevância das práticas pluralistas e alternativas ligadas com a vida e com as experiências do cotidiano, servindo de subsídio em conflitos nas diversas bases sociais.

Desta forma, insere-se no contexto social uma dinâmica interativa e flexível, com espaço acessível ao diálogo, compartilhado e comunicativo. A participação de grupos e comunidades diferentes sinaliza para novos horizontes e possibilidades, com o exercício de atividades e escolhas múltiplas, em especial no âmbito do ordenamento jurídico.

Diante deste referencial, descortina-se para a introdução de um novo paradigma jurídico do tipo democrático e participativo, que promova um ambiente comum, de diálogo aberto e conduzido pelos princípios da oralidade, informalidade, autonomia, imparcialidade, igualdade, respeito, alteridade.

No intuito de definir este novo espaço compartilhado, Costa e Ribas<sup>23</sup>descrevem:

Para promover uma perspectiva diferente sobre essa prática, a presente tese sustenta que a jurisdição deve ser vista mediante um modelo teórico como “Jurisdição Compartilhada”, caracterizada pela Ecojurisdição (um ambiente diferenciado, uma nova casa da jurisdição da oralidade, informalidade, autonomia, imparcialidade, confidencialidade, igualdade, respeito e harmonização social entre todos os co-participantes); autojurisdição (que é a responsabilidade compartilhada entre as partes, para obter uma justiça participativa, democrática e emancipatória, em que as próprias partes, com o auxílio do facilitador-mediador, realizam diálogos construtivos e se tornam corresponsáveis por construir conjuntamente a melhor opção para a resolução do conflito; justiça efetiva, adequada e satisfatória aos seus jurisdicionados, em que as partes podem escolher o meio autocompositivo mais adequado ao tratamento de seus conflitos.

Diante da complexidade da atividade jurisdicional numa sociedade multicultural, a qual busca soluções para superar o modelo tradicional de jurisdição, o Estado brasileiro, por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário, tem aberto significativos esforços para implementação de políticas públicas voltadas para à utilização do uso de mecanismos adequados para a solução de conflitos, em especial a mediação, com finalidade de alcançar celeridade e efetividade na justiça.

De acordo com os ensinamentos de Reynaldo,<sup>24</sup>

Precisamos de um Sistema de Justiça eficiente e célere, que acompanhe as transformações sociais, mas que, ao mesmo tempo, garanta os direitos humanos fundamentais, propiciando sempre a abertura para uma sociedade fraterna. Assim, a discussão sobre a mediação e a conciliação, além de ser uma exigência de natureza constitucional (prioridade para a “solução pacífica das controvérsias”), assumiu no Novo CPC – art. 3º - a feição de norma fundamental do Processo Civil Brasileiro;

À par desta dinâmica, faz-se necessário situar as tendências para a construção de um paradigma jurídico com base na pluralidade do direito, o qual fundamenta seus valores nos novos sujeitos insurgentes que aparecem na sociedade, e que buscam

<sup>23</sup>COSTA, Thaise Nara Graziottin; RIBAS, Lídia M. *Inovação na Jurisdição Estatal: de contenciosa para uma jurisdição singular, compartilhada, efetiva, democrática e emancipatória*. CONPEDI LAW REVIEW, v. 3, p. 190/215, 2017.

<sup>24</sup>FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade*. Seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.



redefinir o conceito de justiça na prática e dentro de um contexto democrático e participativo com características de autonomia, igualdade, solidariedade e respeito às diferenças.

Neste sentido, o relatório do Conselho Nacional de Justiça ressalta que os meios de solução de conflitos primam por uma democracia participativa, responsabilizando os próprios envolvidos nas suas soluções. De outro Norte, os meios democráticos de solução de conflitos permeiam a atividade jurisdicional com o propósito de que se transformem em prática constante e não em mera formalidade dentro do Judiciário.<sup>25</sup>

Na definição de Wolkmer, o pluralismo jurídico possui seis traços valorativos que se estruturam da seguinte forma: autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância. Na definição de autonomia, analisa o poder inerente dos diversos grupos existentes na sociedade, seja no âmbito religioso, familiar ou cultural como esferas independentes do poder hegemônico do Estado.

A descentralização, enquanto valor, assume condição indispensável na democracia direta (grupos minoritários protagonistas de suas próprias ações). Numa concepção monista estatal a democracia indireta prevalece; grupos representativos são eleitos para exercer atividades através do voto.

O localismo se caracteriza na manifestação de grupos pequenos, ocupando espaços setoriais no interior dos movimentos e funções de instituições fundamentais, como: família, vizinhança, igreja, organizações e associações de bairro. Apresenta-se no nível mais afastado do poder estatal em termos de descentralização, expressando-se em um instituto relevante para a democracia pluralista.

A diversidade se caracterizada como de natureza fluída e mutável, sobre a qual se firma como uma posição antagônica e de combate ao monismo unificador e homogêneo. Em um sistema pluralista, a diversidade se estrutura com base nas diferenças, nos confrontos e nos dissensos, se reafirmando na distinção entre grupos, semi-grupos e indivíduos. Nesta concepção, cada agente é tomado em sua especificidade, manifestando suas exigências em particular, encontrando no conflito a compreensão como condição de integração social necessária e positiva.

E, por fim, a tolerância, compreendida como uma atitude de indulgência e de prática de moderação. Possui como fundamento o respeito à vida material e sociocultural de cada ser, implicando na aceitação das crenças ou ideologias dos outros, as necessidades em disputa, os conflitos de interesses e a diversidade cultural.<sup>26</sup>

Por conseguinte, o pluralismo jurídico de Wolkmer traz para a discussão as bases para reordenar as relações tradicionais entre Estado – Sociedade – Direito, com a construção de um novo conceito de Estado de Direito que viabilize o direito dentro de um

---

<sup>25</sup>Ainda, a utilização de meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, valoriza a responsabilização dos envolvidos pela decisão, o que prestigia a democracia, igualdade de tratamento, solidariedade, prevenção de novos litígios, harmonização e, também, transformação social, pois quando as partes resolvem amigavelmente uma contenda acabam extraindo muitas lições que representam um avanço nos seus ideais, construindo, portanto, uma nova realidade. *In*: BRASIL. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes*. Relatório analítico propositivo. Brasília: CNJ, 2019.

<sup>26</sup>SANTOS, Valdoir da S. *Op. cit.*, p. 283.

espaço social aberto, democrático e participativo, fazendo oposição às concepções extremistas de fragmentação atomista e de interferência absoluta de um Estado tradicional.<sup>27</sup>

A Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>28</sup> traz em seu preâmbulo como finalidade do Estado de Direito a pacificação social, assegurando a todos os direitos fundamentais de acesso à justiça por meio de uma justiça justa, adequada e efetiva.

Segundo Ada Pellegrini<sup>29</sup>,

O acesso à justiça – e à ordem jurídica justa – conduz à pacificação, pois é por ele que os conflitos são adequadamente tratados encontrando solução justa. Essa pacificação pode ser menor ou maior, conforme o instrumento utilizado. Conforme já visto, o processo estatal também tem em vista a pacificação, mas nele esta é apenas social, na medida em que retira do mundo jurídico e fático o conflito; mas certamente a solução imposta não pacifica as partes: primeiro, porque só parte do conflito – aquele levado ao processo – é solucionado, permanecendo à base as verdadeiras raízes do conflito, que não são desvendadas e que podem gerar novas demandas; segundo, porque na aplicação do critério perde-ganha, o vencido raramente se conforma com a solução imposta, o que é demonstrado pelos recursos reiteradamente interpostos e pelas dificuldades e obstáculos no cumprimento da sentença.[...] O mais completo instrumento de pacificação é constituído pela Justiça conciliativa, em que são as próprias partes que buscam a solução do conflito, que é exposto e trabalhado por inteiro, principalmente na mediação. Como visto, o terceiro facilitador limita-se a auxiliar as partes na busca do consenso e este é construído diretamente pelos interessados, não havendo vencedor nem vencido. Assim se alcança a verdadeira pacificação, não só social, mas também das partes.

À vista desta nova configuração de pacificação social, que não exige daqueles que a buscam um ingresso no sistema judiciário, mas a possibilidade de, por meio de entendimento com o auxílio do mediador, aproxima-se do projeto social e político contra-hegemônico defendido por Wolkmer.

Faz-se necessário estabelecer um contraponto ante o claro antagonismo existente entre essa prática – mediação – e, o formato originariamente proposto de que o Poder Judiciário seria o único com capacidade para a oferta de soluções, via jurisdicional. Tal hipótese encontra sua razão de ser em face da crise que o sistema jurídico brasileiro atravessa no campo institucional e as críticas apresentadas pelo pluralismo jurídico ora estudado.

Nesta perspectiva, resta demonstrado o papel do judiciário como agente de transformação social investido de jurisdição outorgada pelo Estado atuando em um primeiro momento na prestação jurisdicional, de modo que demandas e necessidades surgidas na sociedade sejam resolvidas e, assim, assegurada a efetividade do direito

<sup>27</sup>WOLKMER, Antonio Carlos, *Op. cit.* 2003, p. 178.

<sup>28</sup>A Constituição Federal de 1988, constituição cidadã revolucionária, afirma, ainda no seu preâmbulo, que o fim do Estado Democrático de Direito é a pacificação social. Para tanto, ampara-se nos direitos fundamentais de acesso à justiça, uma justiça de fato justa, adequada e efetiva. A mediação conjuga todos esses três pressupostos e apresenta-se como meio autocompositivo que oferece aos cidadãos a oportunidade de construção da cidadania participativa, em que o diálogo surge como ferramenta capaz de assegurar a participação voluntária dos envolvidos na resolução pacífica dos seus conflitos. *In*: COSTA, Thaise Nara Graziottin; RIBAS, Lídia M., *Op. cit.*, p. 204.

<sup>29</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 81.

constitucional de acesso à justiça de forma igualitária e equânime que não se concretizou. Entretanto, a prestação dos serviços jurisdicionais não se mostra satisfatória e suficiente para solucionar problemas relacionados com conflitos sociais diante de estatísticas que revelam milhões de casos sem resultados.

Neste contexto, a reforma do Poder Judiciário, feita pela Emenda Constitucional 45, de 2004, confiou ao Conselho Nacional de Justiça, a implementação de políticas públicas advindas de normatização legal, como a Lei n. 13.140/2015, criando a cultura de utilização dos meios autocompositivos, inclusive extrajudiciais, com a prática da mediação e da conciliação.

De igual modo, as motivações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (CPC/2015, em vigor desde 2016) reconheceram procedimentos que, até pouco tempo atrás, eram considerados atípicos pelas atividades desenvolvidas pelo Judiciário. Em busca de resolver o problema de excesso de formalismo e morosidade na prestação jurisdicional, e atender com efetividade demandas vinculadas ao Judiciário em detrimento da falibilidade do formalismo-positivista estatal.

Neste diapasão, a mediação se apresenta como o caminho para se chegar à superação do conflito, numa perspectiva positiva, utilizando-se de um estilo diferente de justiça, informal e autocompositiva, na medida que técnicas e ferramentas são utilizadas por um mediador com o propósito de promover mudanças no trato social das partes interessadas, partindo de uma concepção de ganhos mútuos, muito diálogo ativo, respeito às diferenças e responsabilidade na resolução dos problemas.<sup>30</sup>

Com base no viés interpretativo da pluralidade das fontes, o conceito de jurisdição e o próprio judiciário passam por um processo de construção jurídica antiformalista, antiindividualista e antimonista, fundados nos valores do poder da comunidade que encontram-se, necessariamente, vinculados aos critérios de uma nova legitimação social e de um novo diálogo intercultural.<sup>31</sup>

Necessária se faz à conscientização do próprio Estado, da sociedade e dos operadores do direito (juiz, advogado, promotor, defensor público) para esta nova cultura pluralista e humanizada, que se preocupa primeiramente com a formação de uma sociedade que valoriza as diversidades, a autonomia e a responsabilidade de todos sobre seus próprios conflitos.

Neste sentido Costa e Ribas fazem a seguinte reflexão:<sup>32</sup>

Sabe-se que mudanças processuais em um mundo jurídico positivista não são fáceis de ocorrer e de difícil aceitação, pois é imensamente problemático conseguir um espaço para o diálogo nas ações judiciais. Mas se faz necessário modificar o conceito angular de justiça, a ideia maciça e elementar que sustenta toda a construção intelectual e histórica do acesso à justiça, afastar-se a litigiosidade, avaliar outras formas de tratamento dos conflitos, aceitar um novo

<sup>30</sup>Na definição de Serpa a mediação é: um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões, pautado na autodeterminação das partes. O papel do interventor é ajudar na comunicação, por meio de neutralização de emoções, formulação de opções e negociação de acordos. In: SERPA, Maria de Nazareth. Anais do Congresso I Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Mediação e as novas técnicas de dirimir conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.90.

<sup>31</sup>SANTOS, Valdoir da S. *Op. cit.*, p.114.

<sup>32</sup>COSTA, Thaise Nara Graziottin; RIBAS, Lúcia M., *Op. cit.*, p. 194.

conhecimento emancipatório. Aí se encontra a autojurisdição conduzida pelos mediadores, que possam dar à sociedade em geral e aos grupos de oprimidos, marginalizados e excluídos a oportunidade de dialogar, de encontrar caminhos diversos para solução de uma disputa, um modo de fazer diferente e menos opressor, um agir positivo, olhando-se para o futuro nas relações continuadas.

Assim, ao tempo em que o processo judicial desagrega e polariza as partes, a mediação tem por desígnio sustentar a igualdade, o respeito pelas diferenças de interesses, opiniões, ideias e o exercício da responsabilidade.

Acerca destas considerações, percebe-se que a tentativa do judiciário de democratizar a justiça, transformando-o em acessível e menos formal, requer mudança de paradigma na própria estrutura do sistema judicial. Desta forma, seguindo os passos do pluralismo jurídico, caminha-se para a efetivação de uma pluralidade no direito com características antecipatórias e autônomas, dissociadas do modelo monista tradicional, no qual práticas autocompositivas se direcionam independentes das atividades típicas de jurisdição estatal.

Nesse cenário, verifica-se que é possível construir um novo paradigma de jurisdição consensual alicerçado no pluralismo em sua vertente comunitária e participativa. Isso porque as ideias cotejadas no pluralismo jurídico se coadunam com a mediação no seu sentido emancipatório e horizontal. Assim, a mediação surge como uma possibilidade simultânea com a jurisdição oficial, empoderando os interessados e lhes emancipando das imposições adjudicatórias da justiça estatal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, o pluralismo jurídico descrito sustenta que o Estado não tem o monopólio da produção do direito; resiste em reconhecer como legítimas as regras e normas originárias dos diversos grupos e comunidades sociais, que vivem à margem da sociedade em face de um direito formal-positivista monopolizado pelo poder estatal.

Entretanto, parte-se do pressuposto de que o sistema tradicional de jurisdição é moroso e burocrático para os seus usuários, o que acaba distanciando-os da estrutura judicial formal, especialmente aqueles que vivem em contextos de exclusão socioeconômica e até mesmo cultural. Ademais, o espaço de efetivação do direito extrajudicial não é heterocompositivo; o modelo de jurisdição adjudicatória/adversarial não serve à função pluralista.

Ao contrário. A jurisdição consensual, por meio da prática da mediação, assoma-se como o instrumento adequado à efetivação de um direito não oficial. Faz-se necessário estabelecer um contraponto ante o claro antagonismo existente entre essa prática – mediação – e, o formato de que o Poder Judiciário seria o único com capacidade para a oferta de soluções, via jurisdição oficial.

A prática consensual, em especial a mediação, se apresenta como o caminho para se chegar à superação do conflito, numa perspectiva positiva, utilizando-se de um estilo diferente de justiça, informal e autocompositivo, na medida que técnicas e ferramentas são utilizadas com o propósito de promover mudanças no trato social das pessoas,

partindo de uma concepção de ganhos mútuos, muito diálogo ativo, respeito às diferenças e responsabilidade na resolução dos problemas.

Conclui-se que a função de se democratizar a justiça e efetivar o direito plural e extrajudicial é uma tarefa árdua; sob as bases do pluralismo é possível pensar na elaboração de um projeto social capaz de reordenar as relações entre Estado e Sociedade, tendo como eixo central a construção de um novo espaço comunitário de efetivação da pluralidade democrática comprometida com a alteridade e com a diversidade cultural.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 13.105*, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: DF, Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 20 de novembro de 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.140*, de 26 de junho de 2015. Brasília: DF, Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 20 de novembro de 2021.

BRASIL. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes*. Relatório analítico propositivo. Brasília: CNJ, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. (trad.) Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COSTA, Thaise Nara Graziottin; RIBAS, Lídia M. *Inovação na Jurisdição Estatal: de contenciosa para uma jurisdição singular, compartilhada, efetiva, democrática e emancipatória*. CONPEDI LAW REVIEW, v. 3, p. 190/215, 2017.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade*. Seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. (trad.) Maria Ermantina de A. P. G. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROMANO, Santi. *O ordenamento Jurídico*. (trad.) Arno Dal Ri Júnior, Fundação Boiteux, 2008. Disponível em:  
[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4102829/mod\\_resource/content/1/santi%20romano\\_ordenamento%20juridico.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4102829/mod_resource/content/1/santi%20romano_ordenamento%20juridico.pdf). Acesso em: 05 de fev. 2021.

SANTOS, Valdoir da S. *O Multiculturalismo, o Pluralismo Jurídico e os Novos Sujeitos Coletivos no Brasil*. Orientador: Antônio Carlos Wolkmer. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em:  
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/88574/230469.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24 de março de 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Ed. Almedina. 2014. E-book.

SERPA, Maria de Nazareth. Anais do Congresso I Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Mediação e as novas técnicas de dirimir conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. *Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch*. Direito, Estado e Sociedade, n. 47, p. 108-127 jul/dez 2015. Rev. de Direito, PUC/RIO.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no direito. 4ª edição rev. e atual. São Paulo. Ed. Saraiva, 2015.

Data de Recebimento: 29/11/2021.

Data de Aprovação: 24/02/2022.

# REGULARIDADE FISCAL DIFERIDA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES COMO FORMA DE JUSTIÇA E DE CONCREÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

## DEFERRED TAX REGULARITY OF MICROCOMPANIES AND SMALL COMPANIES IN BIDDING AS A FORM OF JUSTICE AND CONCRETION OF SOCIAL RIGHTS

*Carlos Eduardo Montes Netto\**  
*Danilo Henrique Nunes\*\**  
*Laura Charallo Grisolia Elias\*\*\**

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar, sob a ótica dos conceitos de justiça e igualdade e da previsão constitucional de tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, se se justifica a previsão legal de quebra da isonomia no que se refere à regularidade fiscal diferida em favor dessas pessoas jurídicas nas licitações. Optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória com a utilização de revisão bibliográfica e da análise qualitativa dos dados a fim de se cumprir esse objetivo, concluindo-se que é proporcional e racional a quebra da isonomia formal nesse caso, seja em razão da hipossuficiência jurídica e fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte, seja para fins de preservar a sua capacidade de gerar mais empregos que as empresas de médio e grande porte, sendo as licitações um importante meio de contribuir para a geração desses empregos e concreção de direitos sociais.

Palavras-chave: tratamento favorecido; microempresas e empresas de pequeno porte; licitações; justiça e igualdade; concreção de direitos sociais.

### ABSTRACT

This paper aims to analyze, from the perspective of the concepts of justice and equality and the constitutional provision of favored treatment for micro and small businesses, whether the legal provision of breach of isonomy with regard

\* Doutor e mestre em Direitos Coletivos e da Cidadania pela UNAERP, Ribeirão Preto-SP (Brasil). Professor de cursos de graduação e pós-graduação. Coordenador e professor do Curso de Especialização da UNAERP e professor de diversos cursos de Especialização. Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Membro do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e do Conselho Consultivo da Brazilian Research and Studies Journal, da University of Würzburg, Campus Hubland Nord, Würzburg, da Alemanha, vinculados ao Brazilian Research and Studies Center (BraS). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7657051756600540>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4274-0309>. E-mail: carlosmontes3@hotmail.com.

\*\* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - área de concentração: Direitos Coletivos e Cidadania. Docente de cursos de graduação da Universidade do Estado de Minas Gerais, do Instituto Taquaritinguense de Ensino Superior - ITES, dos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP e da Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3286458334196996>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9162-3606>. E-mail: dhnunes@hotmail.com.

\*\*\* Mestre em Ciências do Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FRDP-USP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG. Docente no Curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Educacional Guaxupé - UNIFEG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9367176449033864>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3277-3764>. E-mail: lauraelias89@yahoo.com.br.

to fiscal regularity is justified. deferred in favor of these legal entities in the bids. It was decided to carry out an exploratory research using a literature review and qualitative data analysis in order to achieve this objective, concluding that it is proportional and rational to break the formal isonomy in this case, whether due to low sufficiency legal and fiscal of micro and small companies, or for the purpose of preserving their capacity to generate more jobs than medium and large companies, with tenders being an important means of contributing to the generation of these jobs and the realization of social rights.

Key-words: favored treatment; micro and small businesses; bids; justice and equality; realization of social rights.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)<sup>1</sup>, em seu artigo 1º, traz como fundamento da República Federativa do Brasil, dentre outros, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Além disso, no artigo 3º, determina que garantir o desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Já nas disposições referentes à Administração Pública, estabelece, no inciso XXI do artigo 37 que, salvo disposição em contrário, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Além disso, conforme o inciso XIII do artigo 170 da CRFB/88, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País constitui um dos princípios da ordem econômica. Ainda, o artigo 179, também da CRFB/88, prevê que os entes públicos devem dispensar tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Dessa forma, considerando que o poder de aquisição de bens e serviços por parte do Estado tem a capacidade de modificar o mercado e concretizar políticas econômicas, o que, inclusive, levou à alteração do artigo 3º da Lei 8.666/93<sup>2</sup> pela Lei 12.349/2010<sup>3</sup>, para estabelecer que a licitação tem as finalidades de garantir o princípio da isonomia, de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a de promover o desenvolvimento nacional sustentável, o legislador brasileiro tem aumentado o número de disposições discriminatórias no que se refere às contratações estatais.

Nesse contexto, foi criada a Lei Complementar 123/2006<sup>4</sup>, com a intenção de inserir no ordenamento jurídico regras de tratamento diferenciado e de favorecer as microempresas e as empresas de pequeno porte, em obediência aos comandos constitucionais, objetivando o fomento do desenvolvimento econômico.

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União. Brasília, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 12.349, de 16 de dezembro de 2010. Diário Oficial da União. Brasília, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

Estabelece o artigo 47 da citada Lei Complementar (alterado pela Lei Complementar 147/2014)<sup>5</sup> que deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Deve-se destacar que o tratamento desigual, ou diferenciado, para as microempresas e as empresas de pequeno porte é forma de concretização das determinações constitucionais, sendo que, nesse caso, o tratamento igualitário se revelaria inconstitucional. Além disso, de acordo com as Nações Unidas, as micro, pequenas e médias empresas representam um ponto chave para a recuperação da economia no pós-pandemia no Brasil e no mundo<sup>6</sup> e para a preservação e concreção de direitos sociais como o direito ao trabalho.

Uma das técnicas de discriminação previstas pela Lei Complementar 123/2006 (com a redação alterada pela LC 155/2016)<sup>7</sup> é a regularidade fiscal diferida. Significa dizer que, no caso de contratação pelo Poder Público de microempresas ou empresas de pequeno porte, somente se exige a comprovação da regularidade fiscal no momento da celebração do contrato.

Essa regularidade fiscal diferida foi mantida pelo art. 4º da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos<sup>8</sup>, que determina que são aplicáveis às licitações e contratos disciplinados pela Lei 14.133/2021 o disposto nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

O art. 141, § 1º, II da Lei 14.133/2021 prevê ainda a possibilidade de alteração da ordem cronológica de pagamento pela Administração Pública no pagamento a microempresa e empresa de pequeno porte, caso seja demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato.

Ressalta-se que o art. 193, I da Lei nº 14.133/21 revogou imediatamente apenas os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666/93, relacionados a questões penais e processuais penais e que a nova Lei de Licitações e Contratos entrou em vigência na data da sua publicação, em 1º de abril de 2021.

Em razão disso, enquanto ainda estiver em vigor a Lei nº 8.666/93, será possível a contratação sob qualquer um dos dois regimes licitatórios (Lei nº 8.666/93 ou Lei nº 14.133/21), à escolha do administrador, sendo possível, até mesmo, uma combinação entre eles, desde que haja previsão expressa no edital das regras a serem seguidas como forma de resguardar o interesse público e os direitos daqueles que contratam com a Administração Pública.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. Diário Oficial da União. Brasília, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp147.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp147.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>6</sup> NAÇÕES UNIDAS. Micro, pequenas e médias empresas são chave para recuperação da pandemia. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/06/1754792>. Acesso em: 26 nov. 2021.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. Diário Oficial da União. Brasília, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp155.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Diário Oficial da União. Brasília, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

Voltando ao que interessa especificamente ao presente estudo, apesar da alta carga tributária que recai sobre as microempresas e as empresas de pequeno porte, este mecanismo de regularização diferida é visto por alguns como ato atentatório ao ordenamento jurídico.

Desta forma, a presente pesquisa se justifica pela necessidade de analisar se é justificável que essas empresas participem das licitações sem a devida regularização fiscal, considerando que se exige das médias e grandes empresas a plena regularidade, sob a perspectiva da isonomia.

Buscando alcançar o objetivo pretendido de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com ênfase nas dimensões doutrinária, normativa e jurisprudencial que envolvem a interpretação da CRFB/88, de normas infraconstitucionais, valendo-se da análise de trabalhos acadêmicos e livros, artigos científicos e dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae).

O estudo abordará o ideal de igualdade de Aristóteles, o conceito de Justiça de Rawls, as determinações constitucionais, a importância das microempresas e das empresas de pequeno porte e o critério utilizado para a discriminação positiva.

### **Justiça e igualdade**

A sociedade brasileira é pluralista. O pluralismo pode significar a diversidade de concepções individuais ou a multiplicidade de identidades sociais. De modo geral, e sem pretender entrar no cerne da questão, pode-se dizer que os liberais defendem uma autonomia da vontade privada, ao passo que os comunitários defendem uma autonomia pública. Tal afirmação se faz necessária para se verificar a Justiça no Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem uma sociedade marcada pelo pluralismo sócio-econômico-político. Nesse contexto, o professor Octavio Luiz Motta Ferraz<sup>9</sup> aponta:

A conhecida fábula de Esopo mostra uma formiga trabalhando arduamente durante o verão enquanto a cigarra canta. Chega o rigoroso inverno e a formiga tem mantimentos suficientes para seu sustento, enquanto a cigarra passa fome. Na versão original, a fábula termina com a lição moral de que “é melhor se preparar para os dias de necessidade”, mas na filosofia política anglo-americana contemporânea ela tem sido usada de forma recorrente como uma alegoria do problema da justiça distributiva. A igualdade absoluta na distribuição das riquezas sociais relevaria a responsabilidade que as pessoas devem assumir pelas escolhas que fazem entre, por exemplo, o lazer e o trabalho. Portanto, em muitos casos, ela implicaria a transferência intuitivamente injusta de recursos da formiga trabalhadora para a indolente cigarra.

Do trecho acima podem ser retiradas duas observações. Pode-se afirmar que a cigarra não possui o direito de usufruir do trabalho da formiga, já que, enquanto a formiga trabalhava, a cigarra cantava e dormia (a cigarra possui a liberdade de escolher entre

---

<sup>9</sup> FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Justiça Distributiva para Formigas e Cigarras. Revista Novos Estudos – CEBRAP, São Paulo, n. 77, mar 2007, p. 243-254. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/nec/n77/a13n77.pdf>. Acesso em 21 nov. 2018.



trabalhar ou cantar e dormir). Lado outro, a cigarra, apesar de não trabalhar de forma árdua, cantava, para melhorar o ambiente.

A partir da primeira observação, a cigarra não poderia se beneficiar do trabalho da formiga, e, partindo da segunda observação, a cigarra poderia gozar do esforço feito pela formiga, pois também trabalhou, ainda que de forma mais simples.

Partindo dessa questão, passa-se a analisar a justiça distributiva na obra de Aristóteles, para, depois, abordar a Teoria da Justiça de John Rawls (justiça como equidade). A justiça distributiva foi teorizada por Aristóteles, embora já existisse nos ideais dos profetas bíblicos. Para Aristóteles, o mundo é finalista, o que significa dizer que para tudo existe uma finalidade, e a finalidade humana é encontrar a felicidade, a qual pode ser alcançada pelas virtudes, apresentadas pelo filósofo na sua obra “Ética a Nicômacos”. Segundo o autor, a mais importante das virtudes éticas (morais) é a justiça, e, assim sendo, todas as virtudes podem ser resumidas na justiça. Nesse sentido, consigna Aristóteles<sup>10</sup> que:

A justiça é a forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente em relação a si mesmas como também em relação ao próximo.

E, ao tratar do que seria a injustiça, Aristóteles<sup>11</sup> afirma que ela se manifesta na convivência entre os indivíduos, relacionando-se como a honra, o dinheiro ou a segurança, decorrendo a sua motivação do “decorrente do ganho, enquanto a outra se relaciona com tudo que está na esfera de ação do homem bom”.

Os dois conceitos apresentados referem-se à significação em sentido amplo: a justiça como sendo a excelência moral em seu todo e a injustiça o exercício da excelência moral como um todo e o exercício da deficiência moral como um todo, as duas ações em relação ao próximo.

Assim, para que se saiba o que é justo, deve-se saber primeiramente o que é injusto, estando a injustiça presente em relações nas quais não há igualdade média entre as partes que se relacionam. O encontro dessa média é que leva o cidadão à virtude. Afirma o filósofo que:

[...] a virtude é, então, uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente, no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo<sup>12</sup>.

Verifica-se no trecho acima transcrito que, conforme já afirmado, para Aristóteles, todas as virtudes podem ser resumidas na justiça. Contudo, para ele, além da justiça total, existe a justiça particular.

<sup>10</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora UNB, 1997, p. 93.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 98.

A justiça total refere-se ao modo de agir de um indivíduo perante a sociedade, e a justiça particular qualifica as ações do ser em relação a outro, podendo ser dividida em justiça distributiva e justiça corretiva, partindo daí a análise da igualdade.

A justiça distributiva normalmente é relacionada com os ensinamentos de Aristóteles, sendo tida como o único conceito de justiça trazido por ele. É ela apresentada na epígrafe “deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade”. Assim, o Estado deve distribuir benefícios aos cidadãos baseado nas desigualdades, ou seja: benefícios iguais para os iguais e benefícios desiguais para os desiguais, na medida da desigualdade.

Prosseguindo-se na análise do pensamento de Aristóteles, tem-se que ele utiliza o mérito como critério para diferenciar os cidadãos. Entretanto, entende não existir uma uniformidade no que diz respeito ao mérito, o qual pode ser conceituado em conformidade com o modelo adotado de Estado.

Já a justiça corretiva traduz a existência de uma coordenação entre os indivíduos da relação, estando presente nas relações particulares, não havendo um critério diferenciador. A justiça corretiva é, portanto, o meio termo entre o ganho e a perda.

Assim, de acordo com a teoria desenvolvida por Aristóteles, nas relações entre o Estado e os particulares adota-se a justiça distributiva, e nas relações entre os particulares adota-se a justiça corretiva.

Destaque-se que esta teoria não se aplicava a todos os cidadãos gregos, porque na Grécia antiga alguns indivíduos não eram considerados cidadãos, de maneira que a igualdade como direito de todos passou a ser um ideal apenas na modernidade.

Enquanto para Aristóteles a justiça é o resumo de todas as virtudes, para John Rawls a justiça é a primeira virtude das instituições sociais. Para Rawls, a igualdade de oportunidades e a distribuição dos benefícios aos menos beneficiados são postulados para uma sociedade justa. Discorrendo sobre o assunto, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Moraes<sup>13</sup> afirma que:

Assim, no primeiro momento, todos os membros desse contrato social se posicionam naquilo que Rawls denomina de ‘posição original’. Rawls afirma que a posição original corresponde ao estado da natureza da teoria tradicional do contrato social. Ela é uma situação hipotética, onde ninguém conhece seu lugar real na sociedade, e sua posição social ou classe.

Dessa forma, os princípios da justiça são escolhidos sob o véu da ignorância, pois ninguém está ciente do que é seu. Depois de escolhidos os princípios, serão escolhidos uma Constituição e os responsáveis pela elaboração das leis.

Para Rawls<sup>14</sup>, na posição original, as pessoas escolheriam princípios diferentes primeiro “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as

---

<sup>13</sup> MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Pensar a justiça no século vinte e um: um breve estudo sobre os pensamentos de Aristóteles e de Rawls sobre a justiça e sua aplicabilidade no Estado Democrático de Direito. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcio\\_eduardo\\_da\\_silva\\_pedrosa\\_morais.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcio_eduardo_da_silva_pedrosa_morais.pdf). Acesso em 29 nov. 2018.

<sup>14</sup> RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64.

outras” e, ainda, “desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. Verifica-se, então, que a teoria trazida por Rawls tem a finalidade de diminuir as diferenças entre as pessoas, mediante ações efetivas para se buscar a igualdade.

Nesse contexto, aplicando-se as teorias acima ao caso em discussão, tem-se que uma desigualdade (desequilíbrio jurídico entre as empresas em razão do porte econômico) gera uma igualdade, o que justificaria o tratamento diferenciado da Microempresa nas licitações, como forma de concretização das determinações constitucionais, o que será abordado a seguir.

### **O tratamento favorecido para as microempresas**

No Brasil, a primeira medida visando garantir o tratamento favorecido para as microempresas foi o Estatuto das Microempresas, de 1984 (Lei n. 7.256/84)<sup>15</sup>. Discorrendo sobre o assunto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes<sup>16</sup> consigna que o Estatuto:

Em âmbito nacional, reconheceu juridicamente um grupo de agentes econômicos diferenciado em função do seu porte; segmento este com dificuldades, carências e capacidades distintas daqueles demarcados por outros critérios, tais como atividade econômica, organização empresarial e localização geográfica.

O autor<sup>17</sup> acrescenta que em comparação com a Itália, o Japão e os Estados Unidos, o Brasil “adotou tratamento jurídico favorável às pequenas empresas de forma tardia – quatro décadas de atraso – e tímida, pois só alcançava as unidades bem diminutas. Nada obstante, em relação à América do Sul, o Brasil foi precursor”.

O Estatuto de 1984 trouxe a implementação da maior parte dos incentivos concedidos, como por exemplo a isenção de tributos, pela lei, garantindo eficácia plena e imediata ao fomento. Além disso, a lei brasileira alcançava outros temas, além do tributário: direito trabalhista, direito administrativo, facilitação de acesso ao crédito, tendo sido precursora da inclusão do tratamento favorecido às microempresas na CRFB/88, quando o Brasil passou elevou este tratamento ao status de princípio constitucional (inciso IX, do artigo 170 da CF).

Em 2006, a previsão constitucional contida no inciso IX, do artigo 170 da CRFB/88, a qual, até então, era implementada por leis isoladas, foi integrada pela Lei Complementar n. 123/2006, a qual teve a intenção de inserir no ordenamento jurídico regras de tratamento diferenciado e de favorecer as microempresas e as empresas de pequeno

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984. Diário Oficial da União. Brasília, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7256.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>16</sup> MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL, 2017, Braga. Direito Tributário e Financeiro. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 287-288.

<sup>17</sup> Idem, p. 288.

porte, em obediência aos comandos constitucionais, objetivando o fomento do desenvolvimento econômico.

Destaque-se que, além do Brasil, apenas Portugal e Peru tratam o favorecimento das microempresas em suas Constituições, o que demonstra a importância que o tema tem em nosso país. Observa Guilherme Adolfo dos Santos Mendes<sup>18</sup> que:

Essa escolha política gravada na nossa Carta de Direitos não foi por acaso e nem decorre de uma simples reprodução arrebatada de modelos alienígenas. Pelo contrário. Está assentada num amplo complexo de considerações com profundos esteiros sustentadores de todo o nosso arcabouço constitucional.

Nesse sentido também já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>19</sup>, assentando que a CRFB/88 assegurou às micro e pequenas empresas um tratamento diferenciado, com a finalidade de incentivá-las por meio da “simplificação, redução ou eliminação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, conferindo, ao legislador ordinário, a competência para a instituição de critérios para o enquadramento” dessas pessoas jurídicas.

Conforme afirmam Carlos Renato Cunha e João Luiz Martins Esteves<sup>20</sup>, “o fundamento remoto para o tratamento favorecido às micro e às pequenas empresas encontra-se, portanto, nos objetivos buscados pela ordem econômica nacional”.

Sobre a previsão do inciso IX do artigo 170 da CF, acrescentam ainda os autores<sup>21</sup> que se trata de norma de competência que determina aos entes estatais “a) definir e distinguir microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de lei; b) outorgar a elas tratamento jurídico diferenciado, para incentivo, o que se dará mediante a simplificação, redução ou até eliminação, de obrigações: bi) administrativas; bii) tributárias; biii) previdenciárias; e bvi) creditícias”.

Além do artigo 170, inciso IX da CRFB/88, há outras disposições constitucionais que merecem destaque: a CRFB/88, em seu artigo 1º, traz como fundamento da República Federativa do Brasil, dentre outros, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Além disso, no artigo 3º, determina que garantir o desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Já nas disposições referentes à Administração Pública, estabelece, no inciso XXI do artigo 37, que, salvo disposição em contrário, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Ainda, o artigo 179, também da CRFB/88, prevê que os entes públicos devem dispensar tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte.

---

<sup>18</sup> MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL, 2017, Braga. DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 289-290.

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 961.117/RS. Primeira Seção. Rel. Min. Luiz Fux, j. 08 set. 2021.

<sup>20</sup> CUNHA, Carlos Renato; ESTEVES, João Luiz Martins. O tratamento tributário diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte e a ordem econômica na Constituição da República de 1988. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.292-323, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p292. ISSN: 2178-8189, p. 295.

<sup>21</sup> Idem, p. 297.

Frise-se que o artigo 170, IX, da CF trata apenas da empresa de pequeno porte, mas o artigo 179 menciona a microempresa e a empresa de pequeno porte. Nesse contexto, Lafayette Josué Petter<sup>22</sup> esclarece que a “[...] ratio legis indica que o tratamento favorecido de que fala o último princípio do art. 170 abrange as situações em que o agente econômico é tido como de pequenas dimensões, parâmetro delegado à legislação ordinária”.

Em um primeiro momento, o favorecimento das pequenas empresas consagra, sob o aspecto material, o princípio da igualdade, eis que facilmente se percebe que as pequenas empresas enfrentam obstáculos maiores que aqueles enfrentados pelas empresas de médio e grande porte. Entende Guilherme Adolfo dos Santos Mendes<sup>23</sup> que “assim, um regime jurídico mais favorável aos menores não é privilégio, mas sim a concretização da máxima de tratar os dessemelhantes na medida das suas desigualdades”.

Além desse, há outros objetivos a serem buscados: o tratamento favorecido é princípio orientador da organização para a produção de bens e riquezas, o que contribui para o aumento da produtividade nacional, garantindo eficiência econômica. Nesse sentido, César Maurício Zanluchi e Marlene Kempfer Bassoli<sup>24</sup>, aduzem:

Assim, voltando-se à realidade da ordem econômica, para que a igualdade material seja possível, é preciso considerar as desigualdades entre os agentes econômicos, ou seja, reconhecer que há diferença entre grandes e pequenos empresários. Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, há normas que buscam tutelar os pequenos empresários, para que tenham acesso e que possam permanecer atuando no mercado, assim, garantir-se a livre iniciativa, a livre concorrência e a igualdade material.

No mais, nas palavras de Guilherme Adolfo dos Santos Mendes<sup>25</sup>, o tratamento favorecido “coopera para todo o sistema de produção e de distribuição de riquezas ser mais igualitário, pois possui firmes e imediatos liames com o conjunto de direitos consagrados na nossa ordem social, a começar com o direito ao trabalho”.

Isso porque, de acordo com dados do Sebrae<sup>26</sup>, as pequenas empresas são mais intensivas em mão-de-obra. Afinal, respondem por 30% do PIB e 55% do número de empregos formais no Brasil.

---

<sup>22</sup> PETTER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2005, p. 264.

<sup>23</sup> MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL, 2017, Braga. Direito Tributário e Financeiro. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 290.

<sup>24</sup> ZANLUCHI, César Maurício; BASSOLI, Marlene Kempfer. A tributação diferenciada para pequenas empresas: mecanismo para positivar valores e princípios econômico-constitucionais. ARGUMENTUM: Revista de Direito da Universidade de Marília. Marília: UNIMAR, v. 6, 2006, p. 119-141, p. 130-131.

<sup>25</sup> MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL, 2017, Braga. Direito Tributário e Financeiro. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 292.

<sup>26</sup> SEBRAE. Pequenos negócios já representam 30% do Produto Interno Bruto do país: Estudo elaborado pelo Sebrae e FGV confirma a crescente relevância das micro e pequenas empresas na economia. Disponível em: <https://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/pequenos-negocios-ja-representam-30-do-produto-interno-bruto-do-pais,7b965c911da51710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em 25 nov. 2021.



Dessa maneira, infere-se que o incentivo a pequenas empresas contribui para a realização do direito ao trabalho<sup>27</sup>, e não apenas para garantir a isonomia jurídica, o que justifica o seu tratamento constitucional. A propósito, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes<sup>28</sup> ressalta que:

Esse preceito é tão relevante que orienta, não só os diplomas normativos inferiores (leis, decretos, portarias, etc.), como também os demais dispositivos constitucionais sobre o tema, os quais, apesar de possuírem, de um ponto de vista sintático, idêntica hierarquia a do preceito, a ele se subordinam contextualmente, ou seja, sob um prisma semântico e pragmático.

Então, o favorecimento das pequenas empresas possui precedência hermenêutica, orientando inclusive as demais previsões constitucionais. Conclui-se, assim, que o tratamento favorecido às microempresas possui amplo fundamento constitucional.

### **Tratamento diferenciado e favorecido das microempresas nas aquisições públicas**

Com a finalidade de construir uma sociedade justa, cumprindo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o Constituinte originário desdobrou o princípio da igualdade como direito individual, o qual deve também ser cumprido pela Administração Pública.

Nesse sentido, as licitações devem observar o princípio da igualdade, obedecer à moralidade e à impessoalidade, adotando critérios objetivos e pertinentes ao objeto. Além disso, conforme afirma Pedro Henrique Dornas de Carvalho Silva<sup>29</sup>, analista de controle externo do TCE-MG, as licitações:

[...] devem observância ao princípio da eficiência, pois, visando tutelar o interesse público, a Constituição acolheu a presunção de que a licitação prévia é a condição indispensável à melhor contratação, assim entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública.

É o que prevê o artigo 37, XXI, da CRFB/88 “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Por sua vez, o artigo 3º da Lei 8.666/93<sup>30</sup>, com a redação alterada pela lei 12.349/2010, estabelece que:

<sup>27</sup> Conforme assentam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins “[...] muitos direitos garantidos nas partes da Constituição dedicadas aos direitos sociais e tratados pela doutrina como tais são, na verdade, direitos de resistência na ótica da classificação sistemática de Jellinek” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78).

<sup>28</sup> MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL, 2017, Braga. Direito Tributário e Financeiro. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 293.

<sup>29</sup> SILVA, Paulo Henrique Dornas de Carvalho. Tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas e sua disciplina normativa. Revista do TCE-MG. Disponível em <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1976.pdf>. Acesso em 02 dez. 2020.

<sup>30</sup> No mesmo sentido é o art. 5º da Lei 14.133/21: “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Conforme observa Peter Christian Sester<sup>31</sup>, em comparação com outros países, a Administração Pública brasileira é muito grande e possui muita relevância na economia, estimando-se que 50% do Produto Interno Bruto brasileiro depende direta ou indiretamente da sua participação.

O autor assenta que a Administração Pública brasileira assume diversas formas jurídicas, abrangendo vários tipos de pessoas jurídicas, algumas com personalidade jurídica de direito público e outras com personalidade jurídica de direito privado, a exemplo das sociedades de economia mista, como a Petrobrás<sup>32</sup>.

Tem-se, então, que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, ao lado da observância do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, é uma das finalidades da licitação. O artigo 3º traz também os princípios que devem ser observados no procedimento licitatório. Discorrendo sobre o assunto, Paulo Victor Barbosa Recchia e Thiago Marrara<sup>33</sup> afirmam que:

Ao longo dos últimos anos, o legislador e a doutrina têm valorizado com cada vez mais intensidade a chamada contratualização das funções administrativas e, dentro dela, aperfeiçoado as técnicas de utilização socioeconômica da licitação e o papel do contrato público, nas suas mais diversas modalidades, como meio promotor do desenvolvimento.

A aprovação do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, LC 123/2006, representa um importante passo para consecução da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, eis que prevê uma série de ações discriminatórias nos procedimentos de contratação pública. Para este artigo, importa a previsão da regularidade fiscal diferida, contida nos artigos 42 e 43 da LC 123/2006, com a redação dada pela Lei Complementar 155/2016<sup>34</sup>:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação

---

funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

<sup>31</sup> SESTER, Peter Christina. Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 109.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> MARRARA, Thiago e RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. Revista de Direito Público Contemporâneo. Ano 1, v. 1. 2017, p. 118-139.

<sup>34</sup> A Lei 14.133/21 manteve os arts. 42 a 49 da LC 123/2006 (art. 4º caput).

exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

Frise-se que o artigo 42 também prevê o diferimento da regularidade trabalhista, sendo este artigo o único que prevê ação discriminatória na fase de habilitação. Em conformidade com o artigo 32, § 1º, da Lei 8.666/93<sup>35</sup>, os agentes econômicos, no momento da habilitação, devem apresentar documentação que comprove a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e a trabalhista e o cumprimento ao artigo 7º, XXXIII da CRFB/88.

Contudo, conforme bem observam Paulo Victor Barbosa Recchia e Thiago Marrara<sup>36</sup> a comprovação do preenchimento de todos esses requisitos “gera grandes custos aos licitantes, os quais se elevam proporcionalmente conforme se reduz a estrutura da empresa e sua frequência de participação em contratações públicas. Tal realidade não se modificou grandemente com a edição do Estatuto da ME e da EPP”.

Por isso é que há a previsão da regularidade fiscal diferida. Esclarecem Paulo Victor Barbosa Recchia e Thiago Marrara<sup>37</sup> que “em grande parte, esse mecanismo discriminatório se assenta na constatação, revelada por pesquisa do Sebrae, de que a alta carga tributária configura o segundo motivo mais comum a justificar o encerramento das atividades de ME e EPP”.

Entretanto, deve-se ressaltar que as empresas têm que apresentar toda a documentação exigida para comprovação da regularidade fiscal, ainda que haja alguma restrição. Havendo restrição na comprovação da regularidade fiscal, o licitante terá o prazo de cinco dias úteis, contados a partir do momento em que for declarado vencedor do certame, para regularização da documentação, podendo esse prazo ser prorrogado por igual prazo, a critério da Administração Pública.

Vencido o prazo sem a devida regularização, o direito da empresa decairá, sem prejuízo da aplicação das sanções previstas no artigo 81 da Lei 8.666/93<sup>38</sup> e, na ausência de vencedor, a Administração deve chamar os licitantes restantes na ordem de classificação para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

<sup>35</sup> O assunto é disciplinado nos arts. 66 e seguintes na Lei 14.133/21.

<sup>36</sup> MARRARA, Thiago e RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. Revista de Direito Público Contemporâneo. Ano 1, v. 1. 2017, p. 124.

<sup>37</sup> Idem, p. 125.

<sup>38</sup> No mesmo sentido é o art. 90, caput da Lei 14.133/21.

Pois bem. Em que pese a dificuldade de as microempresas, e também das empresas de pequeno porte, de manter um sistema eficiente de acompanhamento das licitações, Irene Nohara<sup>39</sup> entende não ser razoável essa discriminação:

No entanto, não entendemos pertinente o *discrímen legal*, uma vez que não há motivos plausíveis para justificar que somente pequenas empresas tenham prazo diferido para regularizar pendências fiscais. Significa dizer que grandes e médias empresas devem participar com sua situação fiscal regular, enquanto que pequenas e microempresas com restrições fiscais poderão vencer a licitação, sendo-lhes assegurado por lei um prazo adicional para regularizar sua situação perante o Fisco.

Todavia, pode-se afirmar que, além de as microempresas e as empresas de pequeno porte não possuírem um sistema eficiente para acompanhamento das licitações, muitas delas não têm sequer conhecimento de quais são os tributos que devem ser pagos, eis que, a despeito de o Simples Nacional prever o pagamento dos tributos em guia única (DARF – documento de arrecadação federal) há algumas exceções, como, por exemplo, pagamento antecipado da diferença entre a alíquota interna e interestadual do ICMS – imposto sobre a circulação de mercadorias e serviço, o qual é feito mediante DAE – documento de arrecadação estadual.

Entende-se que essa hipossuficiência fiscal e jurídica justifica de maneira satisfatória a discriminação em discussão, sem que isso implique em ofensa à moralidade e à razoabilidade. Contudo, Paulo Victor Barbosa Recchia e Thiago Marrara<sup>40</sup>, em que pesem concordarem com a discriminação em questão, entendem que ela deveria ser aplicada também às empresas de médio e grande porte:

Não se concorda, porém, que a regularização diferida ataque a razoabilidade ou a moralidade administrativa. O problema parece estar, em verdade, na quebra da isonomia sem base em um critério racional. A regularidade fiscal e trabalhista, independentemente do porte da empresa, mostra-se essencial para empresas que efetivamente vençam o certame. Desta feita, a regularização diferida deveria ser aceita para qualquer tipo de agente econômico, a despeito de seu porte. O importante, em qualquer situação, é que o Estado não contrate alguém que lhe deva tributos ou contribuições. Respeitada essa regra, nenhum prejuízo haveria em se aceitar a regularização diferida em relação a qualquer tipo de sujeito.

Todavia, em que pese o entendimento dos autores, ressalta-se a ideia de que a quebra da isonomia é baseada em um critério racional, qual seja, o tratamento favorecido às microempresas e as empresas de pequeno porte, tal como assegurado pela CRFB/88.

Isso porque, conforme os dados do Sebrae já apontados nesse texto, a maioria das pequenas empresas fecham devido à alta carga tributária; elas são responsáveis por gerar 55% dos empregos formais no Brasil, contribuindo com o desenvolvimento econômico e com o direito ao trabalho. Portanto, o tratamento favorecido, nesse caso, cumpre diversas funções constitucionais.

<sup>39</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Discriminações permitidas. Enfoque Jurídico, São Paulo, mar. 2010, p. 6.

<sup>40</sup> MARRARA, Thiago e RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. Revista de Direito Público Contemporâneo. Ano 1, v. 1. 2017. p. 126.

Por outro lado, verifica-se que as empresas de médio e grande porte possuem condições melhores de pagar os tributos e acompanhar as licitações, e podem se preparar para concorrer.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou discorrer sobre os conceitos de igualdade e de justiça, tendo em vista a previsão constitucional de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, considerando a necessidade de analisar se é justificável a regularidade fiscal diferida dessas pessoas jurídicas nos procedimentos licitatórios, considerando ainda que, de acordo com dados do Sebrae, as pequenas empresas são responsáveis por mais da metade dos empregos formais gerados no país.

Segundo a justiça distributiva relacionada a Aristóteles “deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade”, cabendo ao Estado distribuir benefícios aos cidadãos com base nas desigualdades, concedendo benefícios iguais para os iguais e benefícios desiguais para os desiguais, levando-se em conta a medida da desigualdade. Em reforço, Rawls assenta que a igualdade de oportunidades e a concessão de benefícios aos menos favorecidos constituem a base de uma sociedade justa.

Nessa perspectiva, a licitação, mais do que garantir o princípio da isonomia e a proposta mais vantajosa para a administração pública, deve visar garantir o desenvolvimento nacional, também como forma de realizar os comandos existentes na CRFB/88, a exemplo do direito ao trabalho, diante do papel desempenhado pelas pequenas empresas na geração de riqueza e emprego no Brasil, cumprindo, assim, sua função social relevante para a concreção de direitos fundamentais, notadamente os sociais.

A previsão da regularidade fiscal diferida para as microempresas é forma de concretização das determinações constitucionais. Exigir a regularidade fiscal já no momento de habilitação não se revela uma exigência proporcional com bases racionais na norma constitucional.

Por fim, tem-se que há proporcionalidade e critério racional que justificam a quebra da isonomia formal: a um, porque as microempresas são as que mais sofrem com a carga tributária; a dois, porque essas empresas apresentam hipossuficiência jurídica e fiscal e, a três, porque são capazes de gerar mais empregos que as empresas de médio e grande porte, sendo as licitações um importante meio de contribuir para a geração desses empregos.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora UNB, 1997.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.



BRASIL. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Diário Oficial da União. Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014*. Diário Oficial da União. Brasília, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp147.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp147.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016*. Diário Oficial da União. Brasília, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp155.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984*. Diário Oficial da União. Brasília, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7256.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Diário Oficial da União. Brasília, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.349, de 16 de dezembro de 2010*. Diário Oficial da União. Brasília, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Diário Oficial da União. Brasília, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 961.117/RS*. Primeira Seção. Rel. Min. Luiz Fux, j. 08 set. 2021.

CUNHA, Carlos Renato; ESTEVES, João Luiz Martins. O tratamento tributário diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte e a ordem econômica na Constituição da República de 1988. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.292-323, nov. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Justiça Distributiva para Formigas e Cigarras. *Revista Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 77, mar 2007, p. 243-254. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/nec/n77/a13n77.pdf>. Acesso em 21 nov. 2018.

MARRARA, Thiago e RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. *Revista de Direito Público Contemporâneo*. Ano 1, v. 1. 2017.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: *VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL, 2017, Braga*. Direito Tributário e Financeiro. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *Pensar a justiça no século vinte e um: um breve estudo sobre os pensamentos de Aristóteles e de Rawls sobre a justiça e sua aplicabilidade no Estado Democrático de Direito*. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcio\\_eduardo\\_da\\_silva\\_pedrosa\\_morais.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcio_eduardo_da_silva_pedrosa_morais.pdf). Acesso em 25 nov. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Micro, pequenas e médias empresas são chave para recuperação da pandemia*. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/06/1754792>. Acesso em: 26 nov. 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. Discriminações permitidas. *Enfoque Jurídico*, São Paulo, mar. 2010, p. 6.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SEBRAE. *Pequenos negócios já representam 30% do Produto Interno Bruto do país*: Estudo elaborado pelo Sebrae e FGV confirma a crescente relevância das micro e pequenas empresas na economia. Disponível em: <https://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/pequenos-negocios-ja-representam-30-do-produto-interno-bruto-do-pais,7b965c911da51710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em 25 nov. 2021.

SESTER, Peter Christina. *Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

SILVA, Paulo Henrique Dornas de Carvalho. Tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas e sua disciplina normativa. *Revista do TCE-MG*. Disponível em <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1976.pdf>. Acesso em 02 dez. 2020.

ZANLUCHI, César Maurício; BASSOLI, Marlene Kempfer. A tributação diferenciada para pequenas empresas: mecanismo para positivar valores e princípios econômico-constitucionais. *ARGUMENTUM: Revista de Direito da Universidade de Marília*. Marília: UNIMAR, v. 6, 2006, p. 119-141.

Data de Recebimento: 29/11/2021.

Data de Aprovação: 19/04/2022.

## REQUERIMENTO DE FALÊNCIA PELA FAZENDA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

### APPLICATION FOR BANKRUPTCY BY THE PUBLIC FARMER AND THE PRINCIPLE OF COMPANY PRESERVATION

*Adriano Luiz Batista Messias\**  
*Fabiana Del Padre Tomé\*\**  
*Caio César Alvares Loro Netto\*\*\**

#### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a dicotomia entre a previsão legal do pleito falimentar pela Fazenda Pública em detrimento da aplicação jurisprudencial do princípio da preservação da empresa. Através de necessárias incisões próprias do labor científico, pretende-se conhecer o objeto através dos métodos empírico-dialético e bibliográfico, com vistas à demonstração da posição da Fazenda Pública no processo falimentar e correlatos requisitos legais para seu implemento, bem como o atual entendimento jurisprudencial acerca do tema, considerando as diretrizes próprias à preservação da função social da empresa em detrimento do modal permissivo ao pleito falimentar, cujo resultado observado, e correlata conclusão, é a de que a execução promovida pela Fazenda Pública que não se sujeita ao concurso de credores inviabiliza o plano de recuperação judicial.

Palavras-chave: Falência. Fazenda Pública. Função social da empresa.

#### ABSTRACT

This article aims to demonstrate the dichotomy between the legal provision of bankruptcy by the Public Treasury to the detriment of the jurisprudential application of the principle of company preservation. Through necessary incisions specific to scientific work, it is intended to know the object through empirical-dialectical and bibliographic methods, with a view to demonstrating the position of the Public Treasury in the bankruptcy process and related legal requirements for its implementation, as well as the current jurisprudential understanding on the subject, considering the guidelines for the preservation of

\* Doutorando e Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica - SP, Professor Assistente de Mestrado em Direito e Professor Orientador de Monografias na PUC/SP e no IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Professor de Especialização na COGEAE/PUC. Sócio do Escritório Martins Paes & Messias Advogados. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4073892418990622>. E-mail: [adriano.messias1@hotmail.com](mailto:adriano.messias1@hotmail.com).

\*\* Mestre e Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Vice Coordenadora e Professora e do curso de especialização em Direito Tributário da PUC/SP, Professora de especialização e mestrado no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, Professora de mestrado e doutorado da PUC/SP. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1303506818563139>. E-mail: [fabianadelpadretome@gmail.com](mailto:fabianadelpadretome@gmail.com).

\*\*\* Advogado – Carmona Maya Martins e Medeiros Advogados. Doutorando em Direito das Relações Econômicas Internacionais (PUC-SP). Mestre em Direito Econômico Internacional (UNISANTOS). Pós-Graduado em Direito Empresarial (FGV-SP). Professor de Graduação e Pós-Graduação (UNINOVE e outras). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4969734692551039>. E-mail: [caiocesarloro@gmail.com](mailto:caiocesarloro@gmail.com).

---

the company's social function in detriment of the modal that is permissive to bankruptcy proceedings, , whose observed result, and correlated conclusion, is that the execution promoted by the Public Treasury that is not subject to the creditors' contest makes the judicial recovery plan unfeasible.

Keywords: Bankruptcy. Public farm. Social function of the company.

## INTRODUÇÃO

O requerimento de processo falimentar pela Fazenda Pública encontra seus limites no ordenamento jurídico. Como a semântica e a pragmática estão imbricadas, a interpretação sistemática se faz necessária para conservação de outros valores do sistema, tais como a preservação das empresas. Em relação aos valores, há aqueles de uso decorrente da pragmática da comunicação humana que consolida a própria semântica (o que influi, em menor grau, na sintaxe). A pragmática tem aspecto dinâmico, é a mudança, a circunstância, o panorama, o cenário, o pano de fundo. O direito sofre modificações em razão do uso, até mesmo em suas reiteraões, e a pragmática normativa comunicacional consiste no estudo da relação entre os signos do sistema e o modo como se usam (o que tem até um aspecto fugidio), dentro de um contexto histórico, espacial e social.

As normas jurídicas, portanto, são decisões. Através delas garante-se que decisões sejam tomadas, ou seja, a norma cumpre a tarefa de determinar quais as decisões, quais as alternativas decisórias devem ser escolhidas. Assim, o objeto do discurso normativo, isto é, objeto da situação comunicativa olhado do ângulo do comunicador normativo, não é propriamente o conjunto de alternativas, mas a decisão que, diante delas, deve ser tomada.

Nesse sentido, reside como ponto focal da presente análise a dicotomia que envolve a permissão do ordenamento jurídico pelo pleito falimentar de pessoa jurídica em situação de insolvência, em detrimento do entendimento jurisprudencial cada vez mais recorrente inclinado pela prevalência do princípio da preservação da empresa como fundamento para o afastamento do deferimento da falência. Justamente neste ponto justifica-se a presente pesquisa, diante do cenário de instabilidade vivenciado pelas pessoas jurídicas, que pode ser agravado na hipótese de continuidade de execuções promovidas pela Fazenda Pública em processo falimentar.

Objetiva-se a compreensão pela posição mais especificamente da Fazenda Pública no processo falimentar, seguida dos requisitos normativos que permitem o respectivo pleito, com posterior análise do entendimento dos fundamentos dos Tribunais que trazem, de modo mais recorrente, a prevalência da manutenção da empresa, não obstante a permissão legal para a decretação da falência.

A análise referente a ponderação entre a observância pelos Tribunais dos requisitos da legislação falimentar e a necessidade de preservação da empresa - especialmente àquelas em crise e com alto passivo tributário - tem sua justificativa no cenário econômico delicado que assola o país, somada a instabilidade das atividades empresariais em razão de fatores macroeconômicos nacionais e internacionais, ao passo que merece atenção a importância do cumprimento das obrigações tributárias.

O marco teórico é o da hermenêutica analítica, com utilização dos métodos bibliográfico e empírico-dialético, examinando as condições acerca da posição da Fazenda Pública no processo falimentar, seguida pela análise no tocante a legitimidade para o pleito falimentar e seus respectivos segundo a lei de recuperação judicial, tendo como ponto principal do presente estudo o entendimento dos Tribunais no tocante a prevalência do princípio da preservação da função social da empresa em detrimento da permissão de pleito falimentar.

### **A posição da Fazenda Pública no processo falimentar**

No ordenamento jurídico nacional, a obrigação tributária não dispõe do atributo da autoexecutoriedade, impedindo o Estado-fisco de exigir compulsoriamente o seu adimplemento, tendo que socorrer-se do Judiciário. Assim, no processo executivo-fiscal é o ente tributante, ou outra pessoa por ele indicada para ser titular da sujeição ativa, quem constitui em linguagem compete o fato conflito provocando o Estado-juiz, a fim de que este faça valer o seu direito de crédito.

O Estado reservou para si a função jurisdicional, cabendo-lhe dirimir a lide com justiça, conforme a lei reguladora do conflito, mediante provocação. A jurisdição se exerce caso por caso, ou seja, dada a ocorrência da lide e em face da lide, se serve do processo que, sendo uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide, se manifesta através de atos coordenados tendentes a esse fim. A ação consubstancia-se no direito de invocar o exercício da função jurisdicional.

O processo executivo-fiscal parte da prévia constituição da obrigação tributária cujo Estado-fisco tende a efetivar, no pleno fenomênico, o conteúdo da relação jurídica de direito material. Tem como objeto veicular norma individual e concreta que constitua o modo de efetivação da obrigação tributária.

A execução fiscal é relação jurídica que decorre da constituição de um específico fato conflito, qual seja, o inadimplemento do contribuinte e, como todo processo, tende à produção de tutela jurisdicional apta a compô-lo. Assim a execução é forma processual que instrumentaliza a jurisdição, cuja solução atrela-se à noção de tutela ou, por outra parte, à noção de norma individual e concreta.

A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário. A cobrança judicial da Dívida Ativa da



Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento. Ademais, nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de quitação da Dívida Ativa ou a concordância da Fazenda Pública. Esta é a previsão contida na Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Já anotou José da Silva Pacheco<sup>1</sup>, nos seguintes trechos:

Partindo do princípio de que o crédito da Fazenda preferia a todos os outros, não podia haver concurso de preferência entre a Fazenda e particulares. O regime autoritário e discricionário quebrou nossa tradição secular com o Decreto n. 22.866, de 28 de julho de 1933, que foi a pedra de toque, a que se seguiram o Decreto n. 23.055, de 9 de agosto de 1933, e o Decreto-lei n. 960, de 17 de Dezembro de 1938. Posteriormente, surgiu o art. 187, parágrafo único, do CTN, e apareceu, por fim, o art. 29 da Lei n. 6.830/80. De conformidade com eles, só poderá haver concurso de preferência, na execução fiscal, entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

- a) União e suas autarquias;
- b) Estados, Distrito Federal, Territórios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata;
- c) Municípios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata.

A despeito da previsão contida na Súmula nº. 563, do E. STF, entendo inconstitucional a ordem de preferência entre as pessoas políticas de direito público interno, por ofensa ao princípio da Federação e ao artigo 19, III, da Constituição Federal.

Sob a égide da previsão do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, os créditos tributários anteriores à falência eram extraconcursais e tinham privilégio sobre os encargos da massa. Além disso, entre os encargos da massa, os créditos tributários surgidos após a quebra tinham preferência absoluta.

O concurso de credores consiste na verificação, classificação e implementação dos créditos e momento incidente na fase de pagamento no processo de falência. A insolvência do devedor e o concurso creditório operam efeitos modificativos na obrigação. Assim, se vários credores tiverem interesse em exercer simultaneamente o direito de executar o patrimônio do devedor comum e invocarem a autoridade judicial para regular os respectivos direitos sobre os bens que querem executar, temos o concurso de credores, onde apura-se o direito de cada concorrente e confere o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo.

A execução por quantia certa contra devedor insolvente, num primeiro momento, apresenta um prévio processo de cognição, fase em que o juiz identifica o estado patrimonial do devedor e a existência de fatos que possam fazer presumir a insolvência do devedor.

---

<sup>1</sup> PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal* (lei n. 6.830, de 22-9-1980), São Paulo: Saraiva, 1997. p. 249.

Aberto o concurso, a lei fixa os critérios para, de acordo com a prioridade ou natureza do crédito, distribuir os credores em classe, atribuindo-lhes preferência para satisfação do crédito. Assim, na execução propriamente dita, o juiz passa a analisar a situação dos diversos credores em si, fixando-lhes as posições no concurso, determinando que se organize o quadro geral de credoras, nos moldes do artigo 769 e parágrafo único do Código de Processo Civil, expropriando os bens do devedor e satisfazendo os credos, na proporção dos seus créditos e nos limites da força da massa patrimonial arrecadada.

Assim dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 186 - O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Alterado pela LC-000.118-2005)

Parágrafo único. Na falência: (Acrescentado pela LC-000.118-2005)

I - o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;

II - a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e

III - a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados.

Não se entende que a previsão contida no referido arquétipo legal tenha constituído as causas fiscais como exceção válida ao princípio da universalidade do juízo falimentar.

A interpretação ao art. 109, I, da Constituição da República de 1988, deve coadunar-se com a evolução histórica do princípio da universalidade do juízo falimentar, no sentido de admitir que a Fazenda Pública reclame seus créditos diretamente no processo de falência, relegando apenas a fase de conhecimento ao juízo privativo da Justiça Federal, a exemplo do que ocorre com os créditos derivados da legislação do trabalho. O mesmo raciocínio vale para as fazendas estaduais e municipais, cujo juízo privativo, organizado pelas leis estaduais de organização judiciária, integra a justiça comum estadual.

Ora, a partir do Código Tributário Nacional e da Lei de Execuções Fiscais, instalou-se definitivamente um verdadeiro dogma, que é repetido de forma acrítica pela doutrina e jurisprudência, no sentido de que o juízo universal da falência é excepcionado pelo juízo privativo da fazenda, que não está sujeita a qualquer concurso de credores, à habilitação em falência ou à concordata.

Com o advento da Lei 11.101/05, em seu artigo 83 e 84, houve uma alteração na ordem de classificação dos créditos na falência, podendo-se formular a seguinte ordem de classificação: em 1º lugar estão os pedidos de restituição (art. 85); em 2º lugar os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial (art. 151); em 3º lugar os créditos extraconcursais (art. 84); em 4º lugar estão os créditos concursais (art. 83). Dentre os créditos concursais: em 1º lugar estão os derivados da legislação e de

acidentes de trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos; em 2º lugar os créditos gravados com direito real de garantia, limitados ao valor do bem gravado; em 3º lugar os créditos tributários, independentemente de sua natureza e tempo de constituição, excetuado os créditos extraconcursais e as multas tributárias; em 4º lugar os créditos quirografários; em 5º lugar as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; em 6º lugar os créditos subordinados; e em 7º lugar os juros vencidos após a decretação da falência.

Sabe-se que o Código Tributário Nacional foi recepcionado como lei complementar pela Constituição da República de 1988. Por isso, suas normas se sobrepõem à lei ordinária. Com o advento da Lei Complementar nº. 118/2005, foi adequada a ordem de classificação disposta na Lei nº 11.101/05, incorporando-a. Ficaram ressalvados no artigo 186 do Código Tributário Nacional os privilégios dos pedidos de restituição, dos créditos extraconcursais, dos créditos derivados da legislação e de acidentes de trabalho, até o limite de 150 salários mínimos, e dos créditos com garantia real, até o valor do bem gravado.

Assim, cumpre alertar que o crédito com garantia real goza de preferência em relação ao crédito tributário apenas na falência, e no limite do valor do bem gravado. Fora do processo de falência, prevalece o crédito tributário sobre aquele.

Em função do conteúdo do § 7º do artigo 6º, da Lei Federal nº. 11.101/2005, ou seja, a não suspensão das execuções fiscais em face do devedor em recuperação judicial, há de se reconhecer que a atividade jurisdicional executiva deverá ser conduzida no sentido da constrição e alienação do patrimônio desse devedor em busca da realização do crédito tributário. Contudo, tal previsão impossibilita (até porque não há legislação própria) a plena eficácia dos princípios basilares da recuperação, opondo interesses privados e do Fisco, em decorrência da ordem de preferência suso exposta.

Entende-se, assim, que na hipótese de constituição do crédito tributário cujos fatos jurídicos tributários ocorreram anteriormente à decretação da falência passarão a ocupar a terceira posição no rol de preferências, sendo superados, primeiramente pelos créditos derivados da legislação do trabalho (limitados a 150 salários-mínimos por credor), e os decorrentes de acidentes de trabalho e, também, pelos créditos com garantia real, até o limite do valor do bem gravado.

Quanto aos créditos tributários cujos fatos jurídicos tenham ocorrido no curso do processo de falência, à luz do que prescreve o artigo 83 da Lei Federal n. 11.101/2005, são aplicáveis as disposições contidas no artigo 188, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 188 - São extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo de falência. (Alterado pela LC-000.118-2005)

§ 1º - Contestado o crédito tributário, o juiz remeterá as partes ao processo competente, mandando reservar bens suficientes à extinção total do crédito e seus acréscidos, se a massa não puder efetuar a garantia da instância por outra forma, ouvido, quanto à natureza e valor dos bens reservados, o representante da Fazenda Pública interessada.

§ 2º - O disposto neste artigo aplica-se aos processos de concordata.

Quanto ao inc. III do parágrafo único do art. 186, que inclui a multa tributária na ordem de classificação de créditos, com preferência em relação ao crédito subordinado, cumpre questionar sua legalidade, diante do entendimento jurisprudencial hodierno, cristalizado nas súmulas 192 e 565 do STF, bem como sua constitucionalidade, diante do princípio garantia de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, insculpida no art. 5º, inc. XLV, da Constituição da República de 1988.

Ressalte-se, por oportuno, que o juízo da Execução Fiscal não é competente para promover atos de constrição e alienação patrimonial quando uma empresa está em recuperação judicial, por força do princípio da preservação da empresa em recuperação judicial, previsto no artigo 47 da Lei Federal n. 11.101/2005, e ainda em função do risco de alteração do plano de recuperação, da ordem legal de preferência dos créditos e da decretação da falência, é de competência exclusiva do juízo em que tramita a recuperação judicial promover atos de constrição e alienação patrimonial<sup>2</sup>.

Ensina-nos Paulo Cesar Conrado<sup>3</sup> que a “penhora é ato preparatório da expropriação do patrimônio do devedor, efetivado com o escopo de delimitar sua responsabilidade; consuma-se mediante a apreensão, direta ou indireta, da parcela do patrimônio do devedor que ficará vinculada ao executivo, fixando regime de preferência em favor do credor”.

É sabido que nos juízos universais o administrador, síndico ou inventariante têm a incumbência de proceder à arrecadação de todo ativo que a massa protege. Nos moldes do artigo 188, do Código Tributário Nacional, o credor fiscal, que a despeito de não se habilitar no processo de falência, poderá requerer a penhora no rosto dos autos do juízo universal. Contudo, prosseguindo a execução fiscal e penhorando-se os bens da empresa devedora durante a negociação do plano de recuperação com o demais credores, o plano apresentado correrá riscos de ser inviabilizado. Falece competência ao juízo da execução fiscal para praticar atos de constrição e alienação do patrimônio da empresa e, caso aconteça, os valores arrecadados com a alienação judicial deverão ser repassados integralmente ao juízo da recuperação.

<sup>2</sup> CATUNDA, Camila Vergueiro. A recuperação judicial e seu impacto nas execuções fiscais. In: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.). *Processo Tributário Analítico* - Volume II. São Paulo: Noeses, 2013, p. 264.

<sup>3</sup> CONRADO, Paulo Cesar. *Execução Fiscal*. São Paulo: Noeses, 2013. p. 191.

## A legitimidade para o pleito falimentar e seus requisitos segundo a lei de recuperação judicial

Precipuamente, ressalta-se que a falência é composta por três pressupostos, a saber: (i) material subjetivo – consistente na qualidade de empresário do devedor; (ii) material objetivo – consistente na insolvência do devedor; e (iii) formal – que é a própria sentença de sua decretação.

Assim, estando o devedor empresário (primeiro pressuposto) em estado de insolvência (segundo pressuposto), comprovado pelo inadimplemento e manutenção do protesto especial, configurados nas hipóteses prevista em Lei (Art. 94, I, II e III, LRF), tem-se autorizado o início do procedimento de falência (terceiro pressuposto).

Conforme dispõe o artigo 94 da Lei n. 11.101/2005, são algumas as hipóteses que permitem o pleito falimentar. Logo no inciso I, basta a insolvência de obrigação líquida materializada em título executivo protestado, cuja soma ultrapassa o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos, inclusive com o texto legal trazendo em seu início a expressão “sem relevante razão de direito.”

Dessa forma, de acordo com o expressamente exposto no referido dispositivo, para que o pedido de falência, formulado com fulcro no inciso I, seja recebido e processado, é necessário que (i) ocorra o inadimplemento da obrigação líquida; (ii) exista título executivo materializado; (iii) tenha o título sido protestado; e (iv) o valor da dívida ultrapasse 40 (quarenta) salários mínimos.

Nesse sentido, ilustra-se o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina quanto aos requisitos do Artigo 94, inciso I, da Lei n. 11.101/2005, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. PEDIDO DE FALÊNCIA. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA PELA IMPONTUALIDADE INJUSTIFICADA. RECURSO DA FALIDA.

AVENTADO NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO INCISO I, DO ART. 94, DA LEI N. 11.101/2005. TESE REJEITADA. DÍVIDA LÍQUIDA E IMPAGA. VALOR SUPERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS E DEVIDAMENTE PROTESTADA. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS DA NORMA DE REGÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO AGRAVADA INALTERADA.

‘[...] 2. O pressuposto para instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico. No caso do direito brasileiro, caracteriza a insolvência jurídica, nos termos do art. 94 da Lei n. 11.101/2005, a impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (II) e a prática de atos de falência (inciso III)’ (STJ. REsp 1433652/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. em 18-9-2014). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO”.

(TJSC, AI n. 4006075-17.2018.8.24.0000, 1ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Mariano do Nascimento, j. 27.09.2018) (Grifos e destaques nossos)



Neste diapasão, o legislador se posicionou no sentido de prestigiar a boa-fé nas relações jurídicas, cujo descumprimento, dentro dos requisitos da lei, não demandam outras práticas por parte do insolvente, bastando, contudo, tal status.

Ainda que haja insolvência, como busca por equilíbrio da observância do cumprimento dos contratos em relação ao princípio da preservação da empresa, o inciso II traz a hipótese de depósito e/ou nomeação a penhora de bens para satisfação do crédito, ou ao menos discussão sobre o mérito da dívida arguida, quando, negativamente, permite a decretação da falência senão proceder dessa forma e se valer desta ferramenta.

Por medida de coerência, por fim, o art. 94, III da Lei de Falência contempla a legitimidade do pleito falimentar e respectiva decretação na hipótese de comprovação de fraude que envolva os atos de gestão em detrimento do que poderia ser alvo de satisfação do crédito, tais como celebração de negócios simulados, auto dilapidação patrimonial, dentre outras práticas que tenham por objetivo a frustração do crédito.

Não obstante a legitimidade das hipóteses do pleito falimentar em si, o mencionado diploma legal define a legitimidade da pessoa física ou jurídica ativa do pedido de falência do devedor, sendo:

“Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

- I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei ;
- II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;
- III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;
- IV – qualquer credor”.** (Grifo nosso)

Nesta toada, o credor é contemplado pelo legislador, e mais: salvo os requisitos de exigibilidade da qualidade de credor, a insolvência em si é permissivo que atribui legitimidade para o pleito com finalidade de decretação da falência.

Contudo, existem hipóteses que, não obstante a legitimidade do crédito, bem como da pessoa a querer a falência, afastam essa permissão. É o que disciplina o art. 96 do diploma falimentar, que vale a análise:

Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar:

- I – falsidade de título;
- II – prescrição;
- III – nulidade de obrigação ou de título;
- IV – pagamento da dívida;
- V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;
- VI – vício em protesto ou em seu instrumento;
- VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei;

Algumas situações dizem respeito a regularidade do título em si, tais como a sua falsidade, nulidade ou prescrição. Porém, outras hipóteses trazem proteção ao

pleiteado, na medida em evita eventual deferimento de falência em havendo vício no protesto, fato que suspenda ou extinga a obrigação em tela, ou mesmo o pleito de recuperação judicial no prazo de contestação.

Outra importante hipótese é a resolução mediante depósito elisivo, ou seja, antes da decretação da quebra, como medida de salvaguarda da empresa, a própria devedora efetua o pagamento na contestação, de modo que o pleito tem afastado seu interesse de agir.

Nessa perspectiva, Sérgio Campinho<sup>4</sup> esclarece que:

[...] realizado o depósito, a falência não mais será decretada, eis que elidida a presunção de insolvabilidade do devedor. O depósito aqui tratado não é feito em pagamento, mas como prova de que o devedor não se encontra insolvente. Permite, assim, que promova sua defesa, afastado o fantasma da decretação de sua quebra, caso não tenha sucesso no acolhimento de suas razões pelo juiz.

Portanto, a legislação falimentar é clara ao destinar a legitimidade ao credor ao pleito de falência do devedor, em havendo regularidade que lhe confere essa qualidade, motivadamente ou não. Contudo, mesmo investido com tal permissão conferida pelo mencionado diploma, os Tribunais vêm privilegiando posição diversa, com entendimento voltado ao princípio da preservação da empresa, como a seguir se analisará.

### **O entendimento dos tribunais no tocante a prevalência do princípio da preservação da função social da empresa em detrimento da permissão de pleito falimentar**

A significação é dada pelos elementos linguísticos e pela relação entre eles, enquanto o sentido é o resultado da significação mais as informações do contexto ou da situação de comunicação. O sentido, portanto, é mais amplo que a significação de base, em que deve se considerar aquilo que está implícito, o pressuposto e o subentendido. A definição de um conceito de “valor”, assim, transita pelos critérios de classificação e sistema de referência adotados. Neste ponto, pode-se afirmar que a Teoria dos Valores tem seu viés especial – que compreende a Ética, Estética e Religião – e seu aspecto geral – que engloba as espécies e diferentes valores, mas do valor e do valer em si mesmos (ontologia).

Neste ponto, fixa-se que o conceito de “valor” não pode rigorosamente definir-se, pertencendo aos conceitos abrangentes, como “ser”, “existência” ou “objeto”, que não admitem uma definição. Pode-se, portanto, mostrar seu conteúdo, como vivência, qualidade ou ideia. Toda ação humana implica, necessariamente, uma decisão, de acordo com certas preferências. E a escolha já é, em si, valoração, razão pela qual toda

---

<sup>4</sup> CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ação humana liga-se a um valor.

Oportuna lição de Johannes Hessen<sup>5</sup>, no sentido de no conceito de valor está incluído o da sua referência a um sujeito, ou seja, que “valor é sempre valor para alguém. Valor – pode dizer-se – é a qualidade de uma coisa, que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado de uma certa consciência capaz de a registrar”.

Tomado o mundo como um fenômeno comunicacional, não se refuta que o ato cognoscente é depurado dos elementos decisório e axiológico, numa ascese temporária voltada ao contato com seus objetos. Daí a necessidade de fixação de conceitos que dão firmeza às iniciativas comunicacionais: a percepção do mundo é guiada pela compreensão do universo da linguagem.

Toda conduta é axiológica, mas isso não significa que possa ser confundida com o valor. O valor não está nas coisas ou no objeto de preferência, mas sim no ser humano, sujeito cognoscente<sup>6</sup>. Tem como característica a bipolaridade, ou seja, onde houver um valor haverá o contraponto do desvalor, em relação implicacional mútua. Tal concepção de valor leva em conta, portanto, as vivências do indivíduo.

Os valores sempre são atribuídos pelo homem, admitindo-se, assim, a teoria dualista sobre a axiologia do direito, na direção do subjetivismo axiológico. Como o valor importa sempre uma tomada de decisão do ser humano, conferindo-lhe sentido, temos que cada valor aponta para um fim específico, exigindo do sujeito cognoscente o ato de preferir a um em vez do outro. A indicação de preferências, própria do ato valorativo, tem gradação hierárquica dos valores.

Neste cenário, a aplicação de uma solução justa emerge de conflitos sociais traduzidos na linguagem artificial do Direito, na *praxis* de sua aplicação, envolta nos conflitos de interpretação, na tomada de decisão judicial e imposição de cumprimento da lei. Como fórmula de contingência do Direito, o valor justiça é utilizado como orientação central aplicável às complexidades da sociedade. Já anotou Celso Fernandes Campilongo<sup>7</sup>:

“A sociedade mundial convive com uma enorme expansão da complexidade social e da contingência do processo decisório. Complexidade é o mesmo que pluralidade de alternativas. Contingência significa que se a decisão, hoje, recaiu sobre a hipótese ‘x’, nada impediria que, legitimamente, tivesse recaído sobre a alternativa ‘y’, ou que, no futuro, recaia sobre a via ‘z’. Vale dizer, quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais escassas as chances de decisões consensuais (diante da multiplicidade de escolhas) e mais nítidas as artificialidades que informam o processo decisório (dada sua contingência). Em razão dessas características, decidir equivale a fazer escolhas árduas, em curto espaço de tempo, sobre matérias não rotinizadas e com consequências sociais imprevisíveis. Os temas da política se reproduzem neste contexto”.

<sup>5</sup> HESSEN, Johannes, *Filosofia dos Valores*. Tradução L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001. p. 47.

<sup>6</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4. ed.. São Paulo: Noeses, 2016, p. 305.

<sup>7</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 83.

Conforme exposto alhures, com o advento da Lei de recuperação de Empresas e Falência – Lei Federal n. 11.101/2005 – ocorreram impactos importantes na legislação tributária, o que ensejou alteração de alguns dispositivos do Código Tributário Nacional, promovidas com a edição da Lei Complementar n. 118/2005. Observe-se, por exemplo, a inclusão do parágrafo terceiro ao artigo 155-A, do CTN, prescrevendo que “lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial”. Ainda, o artigo 186 e parágrafo único, que estabelece que o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais e nem aos créditos com garantia real até o limite do bem gravado. Contudo, a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial.

Houve, portanto, cuidado do legislador na atualização de regras a respeito da relação jurídica de direito material entre o Fisco e o contribuinte, mas o mesmo não se pode dizer sobre o processo de cobrança da obrigação tributária e da execução fiscal. Destaca-se que, nos termos do artigo 50 da Lei Federal n. 11.101/2005, a empresa em crise econômica e financeira que pretenda continuar com suas atividades pode comprometer seu patrimônio no plano de recuperação que venha a ser homologado judicialmente, o que impacta a exigência do crédito tributário via execução fiscal, pois nos termos do artigo 6º, § 7º, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, não se suspende o processo de cobrança de tributo (ao contrário do que ocorre com todas as demais ações e execuções, cuja tramitação fica suspensa por 180 dias), admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial. De qualquer sorte, a atividade jurisdicional executiva deverá ser conduzida no sentido de constrição e alienação do patrimônio do devedor em busca da realização do crédito tributário.

Considerações desse jaez permitem afirmar a dissonância entre a regra que prescreve o prosseguimento das execuções fiscais propostas em face da empresa recuperanda e aquilo concretamente de possível ocorrência em função dos princípios basilares da recuperação, acarretando a ineficácia da função social da empresa. É certo que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência passou a prestigiar o soerguimento da empresa, prescrevendo condições de possibilidades para superação de sua crise econômica e financeira, objetivando evitar a decretação da falência, com a manutenção da fonte produtora, a preservação de empregos, os direitos creditórios e, por corolário, o resguardo da arrecadação tributária. Tal posição foi firmada pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA

IMPROCEDENTE. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. **IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho.** V - Ação direta julgada improcedente. ADI 3934, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 27/05/2009, Publicação: 06/11/2009 (grifamos)

Ora, ao considerarmos os princípios jurídicos, temos duas formas para verificação de confrontos: a primeira, quando um princípio é aplicado em detrimento de outro; e a segunda quando um princípio é aplicado concomitantemente a outro. Neste contexto, serão aparentes as contradições entre princípios, pois em alguns casos há uma solução de antinomia e, em outros, há, tão-somente, a aplicação de mais de uma norma a uma mesma implicação do sistema. não se tratará, em nenhuma hipótese, de prevalência de um interesse sobre o outro de modo absoluto, mas sim de ponderação, ou seja, na aplicação concreta daquele primado que teve maior peso na situação específica. Como bem disse Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>8</sup>:

ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

Com estes torneios, a supremacia do interesse público deve conviver com os direitos fundamentais dos cidadãos, não os colocando em risco. Impende ressaltar que o fato deste princípio ser implícito não lhe retira o valor expresso por outro princípio explícito, pelo que sua aplicação deverá se dar em conformidade com outros princípios consagrados no ordenamento jurídico. Partindo da premissa que a lógica da ordem jurídica passa pela existência de uma multiplicidade de normas, conexas entre si, orientadas por princípios e seus valores fundantes, a convivência deve ser em equilíbrio, mesmo em situações conflituosas. A amálgama desse conflito é o princípio da Unidade da Ordem Jurídica.

Tal princípio, por sua vez, obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar<sup>9</sup>. Sua função principal é a otimização das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer norma.

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Em contrapartida, a colisão de princípios é resolvida pela técnica da ponderação de valores, pois transcorre na dimensão do peso, isto é, do valor, sendo necessária a identificação do bem jurídico tutelado e associá-lo a determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima os preceitos fundamentais do constituinte.

Neste compasso, a restrição imposta a um interesse deve ser a mínima possível para que seja indispensável à sua convivência com o outro, de forma a que nenhum deles desapareça por completo e, por isso, filio-me à ideia de que a preponderância de determinado interesse não é possível, mas tão somente sua ponderação, cujo pressuposto é a convivência harmônica dos interesses. Em suma, ambos interesses sobrevivem juntos (ponderação), sem o sacrifício integral (preponderância) de nenhum deles, cuja aferição de validade se dará nos termos supra expostos.

Tais considerações são suficientes para afirmar que o princípio da preservação da empresa que pautou a edição da Lei de Recuperação de Empresas e Falência<sup>10</sup> visou a concretização da função social da empresa em face da sociedade, dando operatividade ao parágrafo único do artigo 170, cumulado com o artigo 1º, inciso IV, ambos da Constituição Federal<sup>11</sup>, ou seja, ao princípio do livre exercício da atividade econômica. O Superior Tribunal de Justiça se manifestou quanto ao tema:

EMENTA: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO DE CENTO E OITENTA DIAS. USO DAS ÁREAS OBJETO DA REINTEGRAÇÃO PARA O ÊXITO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

1. O caput do art. 6º, da Lei 11.101/05 dispõe que "a decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário". Por seu turno, o § 4º desse dispositivo estabelece que essa suspensão "em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação".

2. Deve-se interpretar o art. 6º desse diploma legal de modo sistemático com seus demais preceitos, especialmente à luz do princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, que preconiza: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade

<sup>10</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

<sup>11</sup> Art. 170. (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.



econômica".

3. No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa. 4. Precedentes: CC 90.075/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 04.08.08; CC 88661/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 03.06.08.

5. Conflito positivo de competência conhecido para declarar o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo competente para decidir acerca das medidas que venham a atingir o patrimônio ou negócios jurídicos da Viação Aérea São Paulo - VASP.

STJ. Conflito de Competência nº 79.170 - SP (2007/0010379-1) - Relator: Ministro Castro Meira - Suscitante: Juízo Federal da 6ª Vara de Campinas - SJ/SP - Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo - SP. Primeira Seção, julgado em 10/09/2008, DJe 19/09/2008.

Merece destaque o posicionamento do Min. Castro Meira no referido julgamento: "(...) Como se vê, o princípio da continuidade da empresa ajusta-se ao interesse coletivo por importar, dentre outros benefícios, em geração de empregos, pagamento de impostos e no desenvolvimento das comunidades (...)".

Observe-se, ainda, o seguinte julgado:

EMENTA. AGRAVO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL.

- As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos.

- Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras.

- Agravo não provido

(STJ). AgRg no Conflito de Competência nº 104.638 - SP - Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 23/11/2011, DJe 30/11/2011).

Entendemos que, muito embora faleça competência do juízo da execução fiscal para praticar atos de constrição do patrimônio de empresa em recuperação judicial, caso isso ocorra, os valores arrecadados com a alienação judicial deverão ser repassados integralmente ao juízo da recuperação, respeitando-se o plano aprovado e ordem de preferência legalmente prevista. Neste sentido a jurisprudência do STJ:

EMENTA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL.

1.- As execuções fiscais não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, contudo, após o deferimento do pedido de recuperação e aprovação do respectivo plano, pela Assembléia Geral de Credores, é vedada a prática de atos que comprometam o patrimônio da devedora, pelo Juízo onde se processam as execuções. Precedentes.

2.- Apesar de não se configurar, em regra, o conflito entre o Juízo da Recuperação Judicial e o Juízo Fiscal a respeito do processamento e julgamento dos feitos que perante cada qual tramitam, o que a suscitante discute é a competência para determinar o destino do produto da alienação de bens perante o Juízo Fiscal. Nesse caso, o valor obtido com a eventual alienação de bens perante o Juízo Federal deve ser remetido ao Juízo Estadual, entrando no plano de recuperação da empresa.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Conflito de Competência nº 114.657, Relator: Ministro Sidnei Beneti, julgado em 10/08/2011, DJe 06/09/2011)

Neste contexto, a continuidade do ciclo de posituação com vistas à satisfação do crédito tributário acarretará a impossibilidade de continuidade do negócio e do próprio plano de recuperação, consubstanciando em insolvência intransponível que, tecnicamente, seria autorizadora de pedido de falência pelo Fisco. Contudo, ao positivar o princípio da preservação da empresa, a Lei Federal n. 11.101/2005 optou por dar condição de preeminência aos interesses do setor privado e dos trabalhadores em detrimento do interesse fiscal.

## CONCLUSÃO

A legislação em vigor dá uma nova característica ao signo jurídico “empresa”, elevando-a ao patamar de interesse público que transcende o âmbito de uma relação de natureza meramente contratual limitada aos interesses de seus sócios. A preocupação do legislador da Lei Federal n. 11.101/2005 consistiu em modal permissivo à continuidade das atividades do estabelecimento comercial, com a promoção de pagamento de seus credores, tendo por finalidade precípua evitar os nocivos prejuízos sociais decorrentes do encerramento da empresa, que abrange a dispensa de empregados, esgotamento da fonte produtora e, portanto, de incidências tributárias.

A regra permissiva de continuidade da execução fiscal esbarra na livre disposição de parte dos bens do devedor para quitação das dívidas com os credores na hipótese de pedido de recuperação judicial. É fundamental ter em vista os princípios que norteiam a interpretação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que define sua racionalidade no sistema, no sentido de impor relativização da tutela do crédito tributário em face da preservação da empresa que necessita de proteção do mercado e das relações negociais.

A posição preferencial dos créditos públicos gera menor probabilidade de recuperação do capital dos credores privados e aumento da probabilidade de falências

em cascata dos credores, que resulta em perda de bem-estar social. O prosseguimento da execução fiscal, com instalação compulsória de garantia por meio de penhora de bens da empresa devedora durante a negociação do plano de recuperação com os demais credores, poderá inviabilizá-lo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 15 set. 2021.

BRASIL, *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em 15 set. 2021.

BRASIL, *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 set. 2021.

CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATUNDA, Camila Vergueiro. A recuperação judicial e seu impacto nas execuções fiscais. In: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.). *Processo Tributário Analítico*. vol. II. São Paulo: Noeses, 2013.

CONRADO, Paulo Cesar. *Execução Fiscal*. São Paulo: Noeses, 2013.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Tradução L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal (lei n. 6.830, de 22-9-1980)*, São Paulo: Saraiva, 1997.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016.



Data de Recebimento: 15/09/2021.

Data de Aprovação: 05/03/2022.

# SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

## BRAZILIAN PRISON SYSTEM AND EDUCATION AS AN INSTRUMENT FOR THE RESOCIALIZATION OF THE PRISONER

*Pablo Jimenez Serrano\**  
*Rafael Pinto dos Santos\*\**  
*Stanley Frota da Silva\*\*\**

### RESUMO

O presente trabalho tem o propósito discutir a relação possível e existente entre o sistema penitenciário pátrio e a educação no contexto da sociedade brasileira histórica e contemporânea. Apresenta-se a educação como um direito humano, como um instrumento para a ressocialização, perante a crise no sistema prisional brasileiro. Para tanto, abordar-se-á a atual conjuntura do sistema carcerário brasileiro, discorrendo sobre suas adversidades e complexidades. Do ponto de vista metodológico desenvolve-se uma leitura analítica e dedutiva pautada pela relação e importância do princípio da dignidade da pessoa humana oportunizada ao indivíduo encarcerado. Neste sentido desenvolve-se uma pesquisa bibliográfica (doutrinária) com o intuito de colocar em diálogo os argumentos suscitados e constatados nas doutrinas modernas. Conclui-se que a educação é o principal mecanismo de ressocialização da pessoa condenada, isto é, um conjunto de processos que operam como instrumento de ressocialização do ser humano encarcerado.

Palavras-chave: Sistema prisional; Educação; Ressocialização.

### ABSTRACT

This paper aims to discuss the possible and existing relationship between the national penitentiary system and the education in the context of the historical and contemporary Brazilian society. Education is presented as a human right, as an instrument for resocialization, in the face of the crisis in the Brazilian prison system. Therefore, the current situation of the Brazilian prison system will be addressed, discussing its adversities and complexities. From a methodological point of view, an analytical and deductive reading is developed,

\* Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL (São Paulo, Brasil). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor do Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA. Professor do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Endereço UNISAL (Programa de Mestrado em Direito). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6872466432436236>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2095-9633>. E-mail: [metodologo2001@yahoo.com.br](mailto:metodologo2001@yahoo.com.br).

\*\* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena (UNISAL). Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Sociais, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL (São Paulo, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho. Endereço UNISAL (Programa de Mestrado em Direito). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4204452066536818>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4189-937X>. E-mail: [rjanjo72@yahoo.com.br](mailto:rjanjo72@yahoo.com.br).

\*\*\* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena (UNISAL). Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Sociais, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL (São Paulo, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Endereço UNISAL (Programa de Mestrado em Direito). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2430051194812918>. E-mail: [frota07@hotmail.com](mailto:frota07@hotmail.com).

---

based on the relationship and also the importance of the principle human dignity, propitiated to the incarcerated individuals. In this regard, a bibliographic (doctrinal) research is carried out in order to put into dialogue the arguments raised and verified in modern doctrines. It is concluded that education is the main mechanism of resocialization of the condemned person, that is, a set of processes that operate as an instrument of resocialization of the incarcerated human being.

Key-words: Prison system; Education; Resocialization.

## INTRODUÇÃO

Ao contrário do que determina o ordenamento jurídico brasileiro, os presídios, nas últimas décadas, proporcionam um ambiente de natureza desumana e aviltante ao enclausurado. Isso pode ser deduzido pela abundância de presos, pela ausência de assistência médico-hospitalar, pela alimentação de péssima qualidade e pela falta de higiene, o que ocasiona uma série de doenças nas unidades prisionais.

A desordem do sistema carcerário pátrio alcança especialmente os presos, mas também engloba as pessoas que vivenciam, direta ou indiretamente, essa conjuntura. O acesso ao direito fundamental social educação pelos presidiários pode ser uma solução e uma ferramenta essencial que contribuirá para a reinserção do apenado, após o cumprimento de pena, no universo social coletivo.

O ensino será capaz de diminuir o tempo ocioso dos presos e propiciará conhecimentos técnicos para a obtenção de atividades profissionais, quando forem libertados. Assim sendo, o corrente trabalho é de acentuada relevância para toda a comunidade, tendo em vista que, de algum modo, a integralidade da sociedade é envolvida com o caos e a crueldade existente nos presídios.

O objetivo geral do atual estudo é examinar a educação como instrumento de reinclusão do preso na vida cotidiana da sociedade em geral. Para tal fim, foram delineados os seguintes propósitos particulares, a saber: o primeiro será a apuração do vigente cenário do sistema prisional nacional; o segundo pretenderá analisar o princípio da dignidade da pessoa humana conforme a visão da sistemática carcerária; e, por fim, indicará os obstáculos e as complexidades existentes na administração penitenciária.

O questionamento que se ambiciona responder por intermédio do presente artigo científico é: a educação é hábil a ressocializar o ser humano confinado? Esse problema é muito importante, eis que, através dele, o pensamento depreendido é efetivo a solucionar uma das maiores problemáticas contemporâneas assim como concretizar um direito fundamental social.

Para tal, empregar-se-á a pesquisa bibliográfica, fundamentada na doutrina por meio de livros, artigos, teses, revistas, publicações, tanto no meio eletrônico quanto no meio físico, para alicerçar os argumentos desenvolvidos. Recorrer-se-á de especialistas renomados, de manifesto conhecimento acerca do assunto. O estudo também basear-se-á em documentos como a legislação nacional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e um marco referencial da ONU.



## Aspectos gerais acerca do sistema prisional brasileiro

O sistema prisional pátrio tem como destinação a sociabilização e a condenação da criminalidade. Por conseguinte, o Estado é encarregado da atribuição de impedir a ocorrência de delitos, segregando o transgressor penal da sociedade através da prisão, inviabilizando-o de aproveitar de seu direito à liberdade e reeducando-o para que não mais proporcione riscos à comunidade.

Diante disso, Foucault<sup>1</sup> elucida:

[...] a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade [...].

Em consequência, no entendimento do autor Ottoboni<sup>2</sup> “O delinquente é condenado e preso por imposição da sociedade, ao passo que recuperá-lo é um imperativo de ordem moral, do qual ninguém deve se escusar”. O sistema carcerário pátrio precisa cumprir de maneira efetiva o ordenamento jurídico, eis que a instabilidade e as circunstâncias desumanas nas quais os prisioneiros se encontram atualmente, são temas de capital interesse.

Levando-se em consideração que as penitenciárias se transformaram em depósitos de indivíduos que lá são colocados. Cabe ressaltar que o número de presos é significativo, há uma carência de assistência médica como também uma ausência de higiene pessoal, concorrendo para o surgimento de moléstias graves e situações em que os indivíduos mais fortes dominam os mais fracos, com divisões de facções criminosas e, às vezes, o aparecimento de rebeliões com óbitos.

Neste diapasão, Mirabete<sup>3</sup> esclarece que:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes [...].

Na presença desse contexto deficitário no sistema prisional, seria perfeito um ambiente contemplado de harmonia e cordialidade para a viabilização de uma maior segurança entre os presos e os cidadãos que trabalham no local, tendo em vista que estes da mesma forma suportam as repercussões das rivalidades e as violências existentes.

A maior parte dos indivíduos que se encontram no sistema prisional não são financeiramente capazes de contratarem um bom advogado particular. Nessa situação, os

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramalheite. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 79.

<sup>2</sup> OTTOBONI, Mário. *Ninguém é irrecuperável*. 2. ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001. p. 31.

<sup>3</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 89.

presos têm a sua disposição os representantes da Defensoria Pública, órgão sobrecarregado de processos e, em tal caso, a defesa técnica pode não acontecer de forma eficiente, tão somente com o propósito de garantir o contraditório do acusado, não possibilitando, assim, uma penalidade justa.

Além do mais, em conformidade com a visão da Organização das Nações Unidas por ocasião da elaboração do Marco Referencial sobre o HIV<sup>4</sup> nos estabelecimentos penitenciários, os enclausurados possuem todos os benefícios e garantias que não perderam com a privação da liberdade, pois a condição de preso ocasiona somente a supressão da liberdade, mas não a ausência dos direitos humanos essenciais. Assim, os presidiários nas unidades carcerárias fazem jus a todos os demais direitos com a exceção da liberdade, incluindo saúde, educação, trabalho e outros.

Destacam-se, ainda, as situações do réu em obter uma pena maior do que merecia. Além disso, podem-se apresentar circunstâncias em que o condenado já está capacitado a usufruir do instituto de progressão de regime, contudo, devido à morosidade do poder judiciário e à defesa técnica deficiente, isso não é possível. Assim sendo, é imprescindível a participação de um profissional do direito competente para patrocinar uma tutela adequada, afixando ao delinquente uma punição justa, tal como a celeridade dos processos judiciais.

Acerca do tema, Nogueira<sup>5</sup> destaca:

A assistência judiciária é destinada não somente aos presos condenados ou temporários, mas também aos que se encontram em fase probatória ou de instrução em processos penais, fase em que mais necessitam de uma assistência jurídica de qualidade, pois é uma fase decisiva, ou seja, é importante que se tenha uma defesa, pois, caso contrário, estará fadado à condenação.

Em face disso, é indubitável a importância da atuação do Estado no cumprimento das legislações estipuladas no ordenamento jurídico, enfatizando que a Lei de Execução Penal<sup>6</sup> (Lei nº 7.210/1984), por intermédio de seu artigo 10, afirma a necessidade da contribuição ao preso e ao internado é incumbência do governo, visando ao resguardo do delito e norteando a reinserção e convivência na comunidade.

Portanto, a imposição de salvaguardar esses direitos caracterizados pelo diploma legal citado é direcionada ao Estado. Este possui a obrigação legal de proporcionar a capacitação do presidiário com o propósito de inseri-lo na sociedade, eliminando, desse modo, a delinquência patente existente no passado.

### **As dificuldades presentes no sistema carcerário nacional**

No que se refere a outros obstáculos existentes na realidade do sistema carcerário pátrio, é possível mencionar a imperfeita administração, o que acarreta desfavoráveis

<sup>4</sup> ONU. *HIV/Aids em Ambientes Prisionais: Prevenção, Atenção, Tratamento e Apoio. Marco Referencial para uma Resposta Nacional Eficaz*. 2007. p. 09. Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/hiv-aids/07-85461\\_Prison\\_Framework\\_Portuguese.pdf](http://www.unodc.org/documents/hiv-aids/07-85461_Prison_Framework_Portuguese.pdf). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>5</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 57.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 7.210 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

requisitos de permanência e habitação e, por consequência, surgem transtornos ao demorado procedimento de ressocialização do ser humano condenado penalmente.

Já em relação à salubridade dos estabelecimentos prisionais, notabiliza-se a sua precariedade e deficiência com celas mal iluminadas e úmidas, igualmente a prestação de assistência médica aos detentos. Esses aspectos são deveras prejudiciais, pois há a probabilidade de disseminação de diversas enfermidades que poderiam ser prevenidas com o adequado suporte de saúde e mínimas exigências de higiene.

A respeito do elevado quantitativo de indivíduos que se encontram nas penitenciárias brasileiras, Nucci<sup>7</sup> afirma que os presos são colocados em recintos abarrotados de pessoas e no decorrer do dia permanecem sem a prática de atividades. Camargo<sup>8</sup> ressalta que:

A superlotação devido ao número elevado de presos, é talvez o mais grave problema envolvendo o sistema penal hoje. As prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso um mínimo de dignidade. Todos os esforços feitos para a diminuição do problema, não chegaram a nenhum resultado positivo, pois a disparidade entre a capacidade instalada e o número atual de presos tem apenas piorado. Devido à superlotação muitos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo a buraco de esgoto.

Ainda sobre a mesma matéria, Assis<sup>9</sup> declara que:

Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas.

Como decorrência da superlotação dos indivíduos nos estabelecimentos prisionais é a dificuldade e a complexidade em efetivar a separação dos condenados que se encaixam na definição de alta periculosidade dos que executaram infrações penais menos graves, ocasionando a aproximação entre essas duas categorias de detentos. Cabe frisar a necessidade de colocação de presos de facções criminosas rivais em pavilhões distintos para inibir um provável massacre.

Todas as dificuldades constatadas, até o momento, no sistema prisional nacional resultam de uma atuação, obsoleta, negligente e desrespeitosa do Poder Público. Bobbio<sup>10</sup> menciona que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.” Dessa forma, o desenvolvimento da sociedade é inexorável e, em face disso, as entidades públicas precisam participar do

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos Humanos Versus Segurança Pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 144.

<sup>8</sup>CAMARGO, Virginia da Conceição. *Realidade do Sistema Prisional*, 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2971/Realidadedosistema-prisional>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>9</sup> ASSIS, Rafael Damasceno de. *As prisões e o direito penitenciário no Brasil*, 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/Asprisoes-e-odireitopenitenciaro-no-Brasil>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos N.C. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23.

processo evolutivo e se adaptar à modernidade, continuamente, possibilitando a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

### O princípio da dignidade da pessoa humana

O Estado possui a prerrogativa de limitar a liberdade de qualquer pessoa embasada na proteção dos bens jurídicos, com o intuito de conservar a harmonia, a justiça e a estabilidade de toda a coletividade. Assim sendo, o Direito Penal é concretizado com o propósito de orientar as condutas humanas, estabelecendo penalidades aos violadores das normas elaboradas no Código Penal e nas Leis Penais extravagantes. Além do mais, o ordenamento jurídico especifica as garantias fundamentais, que estão materializadas na formação dos alicerces do poder estatal.

O princípio da dignidade humana está previsto no artigo 1º, III, da Carta Maior, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mendes; Coelho; Branco<sup>11</sup> afirmam que “[...] é sob essa concepção metafísica do ser humano que reputamos adequado analisar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios – desde logo considerado de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional [...]”.

Sarlet<sup>12</sup> conceitua a dignidade humana como sendo:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável [...].

Por conseguinte, o artigo 5º, XLIX, da Constituição, especifica que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Todavia, o governo, na maior parte das vezes, não assegura a consolidação dessa norma. O respeito ao ser humano é algo substancial, atribuindo à administração estatal a efetivação dessa garantia fundamental individual.

Camargo<sup>13</sup> se alinha com esse posicionamento quando afiança “seja por descaso do governo, pelo descaso da sociedade que muitas vezes se sente aprisionada pelo medo e insegurança, seja pela corrupção dentro dos presídios”. Dessa maneira, já foram elaborados atos internacionais e normas nacionais com a finalidade de estimular os encargos do Estado para tutelar os encarcerados. Com essa percepção, a lição de Assis<sup>14</sup> declara:

Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Já em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 172.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 70.

<sup>13</sup> CAMARGO, Virginia da Conceição. *Op. cit.*

<sup>14</sup> ASSIS, Rafael Damasceno de. *Op. cit.*

das garantias fundamentais do cidadão destinadas à proteção das garantias do homem preso.

Em conformidade com o autor citado acima, as garantias fundamentais já estão instituídas no arcabouço jurídico, sendo vedada qualquer variante de barbaridade destinada ao preso, pois que não se pode violar normas dessa relevância. Assis<sup>15</sup> acrescenta que “a realidade, quanto ao sofrimento dentro dos presídios, é muito diversa da estabelecida em Lei”. O referido escritor também possui o seguinte entendimento:

Dentro da prisão, dentre várias outras garantias que são desrespeitadas, o preso sofre principalmente com a prática de torturas e de agressões físicas. Essas agressões geralmente partem tanto dos outros presos como dos próprios agentes da administração prisional. O despreparo e a desqualificação desses agentes fazem com que eles consigam conter os motins e rebeliões carcerárias somente por meio da violência [...]<sup>16</sup>.

Assim como se depreende dos fundamentos desencadeados pelo doutrinador anteriormente, acontecem diversos insultos à dignidade da pessoa no interior das entidades carcerárias. Estas não se encontram na esfera de fiscalização das instituições públicas competentes, tendo em consideração que estes, em muitas vezes, adotam condutas omissivas com a problemática.

As violações à dignidade da pessoa humana precisam ser investigadas como prejuízos aos fundamentos do Estado brasileiro, não sendo mais possível aceitar tais condutas de crueldades, já que todos os indivíduos devem ser tratados de forma igual e com o devido respeito. Cabe ressaltar, ainda, que o artigo 40 da Lei de Execução Penal<sup>17</sup> prescreve o seguinte: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”. Dessa feita, evidencia-se a responsabilidade do governo pela vigilância do acatamento à integridade dos condenados e presos provisórios.

Nucci<sup>18</sup> enfatiza que “Importa considerar que tais direitos não constituem um favor do Estado ou da sociedade para beneficiar os condenados, mas representam a civilidade do Estado democrático de Direito para o trato com o ser humano”. O autor reforça a necessidade da obediência do governo aos ordenamentos jurídicos internacional e nacional.

Nucci<sup>19</sup> também destaca que:

Os direitos humanos não são atributos exclusivos de pessoas reputadas honestas ou primárias e sem antecedentes. São direitos do ser humano, onde quer que ele esteja. Há que ressaltar ter o sentenciado sido condenado para cumprir uma pena e não para expiar sua culpa, mediante tortura ou qualquer outra situação deplorável.

<sup>15</sup> ASSIS, Rafael Damasceno de. *Op. cit.*

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 7.210 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 29 set. 2020.

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 141.

<sup>19</sup> *Idem, Ibidem.*

Pode-se citar que uma das finalidades da prisão do infrator penal é a sua correção, mas por intermédio de uma atuação condizente do Estado e, especialmente, respeitando a dignidade da pessoa humana. Não obstante, ainda há várias irregularidades na gerência carcerária que necessitam de retificações com a colaboração de toda a sociedade para no futuro ser possível a reintegração do preso à vida social.

Queiroz<sup>20</sup> indica que:

O fim da pena era a prevenção eficaz da prática de novos delitos, baseado na individualização de cada infrator, sendo que a missão da pena para os ocasionais, não seria a penalização, mas sim advertência, para os que necessitem de correção, seria a ressocialização com a educação durante a execução penal, e para os incorrigíveis seria a penalização por tempo indeterminado, ou seja, até que não reste dúvida da recuperação do infrator.

Portanto, o sistema carcerário possui a obrigação de assegurar ao detento mecanismos que possibilitem o respeito da dignidade da pessoa humana. Diante disso, enquadra-se como um princípio constitucional para regulamentar os demais direitos e garantias fundamentais, da mesma forma o sistema prisional deve proporcionar condições mínimas essenciais para a reinclusão do condenado à sociedade posteriormente.

Em face do exposto, há inclusive a triste realidade de atos violentos desencadeados no interior dos presídios, provocados tanto pelos próprios detentos quanto pelos agentes penitenciários. A maior incidência são os conflitos entre organizações criminosas rivais que resultam em rebeliões, no interior dessas instituições, acarretando vários falecimentos que poderiam ser evitados.

Ainda, nesse cenário, acontecem alguns casos da prática de tortura e abusos presenciados, mas não encaminhados aos agentes com o encargo de supervisão. Tal fato promove uma “estatística fantasma”, ou seja, é de conhecimento a execução das violações, entretanto, em razão da não existência de informações ou denúncias, não são apuradas.

Esse é o sentido adotado por Assis<sup>21</sup>:

Homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões são uma prática comum por parte dos presos que já estão mais “criminalizados” dentro do ambiente da prisão, os quais, em razão disso, exercem um domínio sobre os demais, que acabam subordinados a essa hierarquia paralela.

O sistema penitenciário nacional retrata um ultraje a toda coletividade. O descumprimento aos direitos dos detentos representa uma violação que desarmoniza o ordenamento jurídico e legislativo. Os governantes precisam refletir que a prisão do indivíduo por muito tempo não assegura a sua ressocialização, pois gera um efeito contrário com a ampliação da insatisfação devido às diversas negligências e omissões ocorridas.

O Supremo Tribunal Federal qualificou o sistema carcerário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional. Tal episódio aconteceu no julgamento da Arguição de

<sup>20</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 93.

<sup>21</sup> ASSIS, Rafael Damasceno de. *Op. cit.*



Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF<sup>22</sup>, em 09/09/2015, tendo como relator o ministro Marco Aurélio que declarou “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”.

Logo, há necessidade de uma atuação com empatia acerca do tema pelo poder público e pela comunidade, proporcionando mecanismos com a intenção de promover um futuro mais digno para os indivíduos enclausurados, Costa; Rosa<sup>23</sup> declaram “A participação da sociedade civil nas políticas públicas educacionais destinadas aos reclusos deve abranger a participação na tomada de decisão da melhor opção da política pública a ser elaborada [...]”. Somente dessa maneira será possível uma modificação efetiva propiciando uma transformação saudável na vida dos presos.

### **A educação como mecanismo de ressocialização**

A educação é mencionada nas principais convenções internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 e em outras. Então, o acesso à instrução é assinalado como direitos humanos capaz de propiciar dignidade, cidadania e civilidade a toda humanidade.

Serrano (2017, p. 22)<sup>24</sup> conceitua a educação nos seguintes termos:

[...] definimos a Educação como um conjunto de ações essenciais para a edificação do indivíduo em face da convivência social. Eis a nossa definição: a Educação consiste num conjunto de procedimentos, decisões e ações que, provenientes da convivência familiar, escolar e social, objetivam a edificação daquele ser humano que a própria sociedade almeja.

A Carta Política<sup>25</sup> enfatiza o direito fundamental social à educação no Capítulo II, caput do artigo 6º, e na Seção I do Capítulo III, por meio dos artigos 205 ao 214. A norma constitucional estabelece que o acesso ao ensino é uma prerrogativa de toda a coletividade brasileira e fundada em princípios conforme menciona Serrano<sup>26</sup> “[...] igualdade de condições, liberdade no processo de ensino e aprendizagem, pluralismo de ideias, gratuidade, gestão democrática e qualidade.”

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Distrito Federal. Min. relator Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em 03 out. 2020.

<sup>23</sup> COSTA, Ilton Garcia; ROSA, Camila Maria. *A Ressocialização através do serviço Público da Educação*. Revista *Direito & Paz*, São Paulo, v.1, n. 40, jul. 2019. DOI: (<https://doi.org/10.32713/rdp.v1i40.986>). Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/986/465>. Acesso em: 03 out. 2020. p.101.

<sup>24</sup>SERRANO, Pablo Jiménez. *O direito à educação: fundamentos, dimensões e perspectivas da educação moderna*. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2017. p. 22.

<sup>25</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 out. 2020.

<sup>26</sup>SERRANO, Pablo Jiménez. *Op. cit.* p. 79.

No plano infraconstitucional há a Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84<sup>27</sup>, que regulamenta o auxílio educacional aos detentos no Capítulo II, Seção V, compreendendo os artigos 17 a 21-A. A intenção do legislador foi propiciar o ensino, abrangendo o 1º grau de forma obrigatória e o ensino médio, e o preparo profissional dos encarcerados, inclusive com a possibilidade do emprego de instrução à distância e de modernos métodos de aprendizagem.

Apesar do amparo previsto no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma triste realidade pois apenas 16,53% da população carcerária, ou seja, 123.652 presos, conforme os dados apresentados pelo Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro<sup>28</sup>, Infopen, de julho a dezembro de 2019, estão desfrutando de assistência educacional.

No ano de 2006, a instrução carcerária evidenciou-se como assunto de discussões no Fórum Educacional do MERCOSUL, destacando-se como uma das principais conferências o Seminário de Educação Prisional. Na oportunidade, a questão se baseou no seguinte tópico: “A educação prisional como direito inalienável de todos e as possíveis soluções para tornar a educação mais proveitosa”<sup>29</sup>.

Em concordância com essa disposição, ressalta-se a importância de proporcionar uma escolarização eficiente e moderna, com o desenvolvimento de uma visão crítica do mundo tal como a promoção e o estímulo à interação e à participação. Ainda em face do tema, o entendimento de Brandão<sup>30</sup>:

A educação popular pretende associar o ser a pessoas do povo, a uma educação que pergunta a essas pessoas quem elas são. Ou seja, uma educação aberta para ouvir o que elas têm a dizer sobre como desejam ser; em qual mundo querem viver; em qual mundo da vida social estão dispostas a serem preparadas para preservar, criar ou transformar.

Conforme a ótica de Brandão<sup>31</sup>, a educação se estrutura em uma conexão entre as pessoas e os propósitos que estes possuem em ensinar e aprender. O presente instituto acarreta uma associação de convicções e ideais que compreendem a permutas de bens, sinais e domínios que, em grupo, efetuam uma categoria de comunidade, transformando-a por meio das atuações e das deliberações realizadas.

Nesse modelo, admite-se a existência do poder transformador da educação, já que em virtude dos relacionamentos materializados no procedimento de aquisição de conhecimento, os indivíduos terão a oportunidade de reavaliar as suas atitudes e os seus princípios, construindo concepções mais compactas em sua existência.

<sup>27</sup>BRASIL. Lei nº 7.210 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 03 out. 2020.

<sup>28</sup>BRASIL. Ministério Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen, dez. 2019.* Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrjoiZTlhZTU3NjltM2Q4Mi00MjdiLWE0MWItZTIyZjNlODgzMjEzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 03 out. 2020.

<sup>29</sup>CASSIANO, Carolina. *O Caminho do bem. Revista Educação.* Set. 2011. Disponível em: <https://revistaensinosuperior.com.br/o-caminho-do-bem>. Acesso em: 03 out. 2020.

<sup>30</sup>BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação.* São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 44.

<sup>31</sup>Idem, *Ibidem*.

Cumpra frisar a necessidade de conhecer as experiências das pessoas enclausuradas, com uma visão ampla de suas vidas complexas, até mesmo em relação a sua forma de ver o mundo e as suas pretensões. Exclusivamente dessa maneira será possível achar uma solução com o intuito de obter 'a educação adequada', promovendo uma nova realidade aos apenados, caso contrário o processo de aprendizagem não obterá sucesso.

Saviani<sup>32</sup> sustenta que a educação é "um processo por meio do qual a humanidade elabora a si mesma em todos os seus mais variados aspectos". Com base nessa proposição, o ensino é configurado como um mecanismo para o emprego nos variados contextos da coexistência social e a reinserção na sociedade.

Além do mais, a aprendizagem proporciona circunstâncias para o aprimoramento profissional de pessoas, colaborando significativamente na sua reinclusão no mercado de trabalho. Assim, o ensino é um fator imprescindível para a ressocialização e a transformação da vida do detento.

Os estabelecimentos escolares manifestam suas rotinas, orientações de caráter pedagógico e metodologias preestabelecidas visando alcançar uma aproximação com os estudantes. No caso de indivíduos privados de liberdade, podem acontecer uma discrepância entre a oferta educacional e os objetivos dos presidiários.

Dessa feita, é fundamental entender que a sala de aula não é apenas um local de aquisição de sabedoria, mas também pode corresponder a um recinto de abrigo para aqueles que vivenciam a privação de liberdade. Visto que no ambiente escolar, os condenados possuem a sensação de estarem fora da instituição prisional, simbolizando um momento diferente de seu dia a dia.

Por mais que existam limitações no tocante ao uso do material didático, em diversas situações não há lápis, canetas e cadernos. Salienta-se informar que a utilização dos materiais escreventes à disposição é restringida à sala de aula sob a supervisão contínua do professor e dos monitores educacionais, como também os assuntos lecionados consistem em novos conhecimentos com muito potencial.

Esse é o entendimento de Vieira<sup>33</sup>, que indica:

O espaço da escola prisional torna-se, para aquelas pessoas privadas de liberdade, um local de possibilidade de rompimento com o 'aprimoramento', um espaço de intervenção social em que o professor investe, além de suas habilidades profissionais, o que é como pessoa.

Nesse diapasão, Vieira<sup>34</sup> também constata a pertinência do estímulo ao prescrever: "O interesse pela atividade é um importante ingrediente no processo de aprendizagem". Ainda em consonância com a autora "A motivação para aprender é sempre determinada em grande parte pelos valores que apoiam e justificam essa aprendizagem."

<sup>32</sup> SAVIANI, Dermeval. *História das ideias pedagógicas no Brasil*. Campinas: Autores Associados, 2007. p. 27.

<sup>33</sup> VIEIRA, Elizabeth de Lima Gil. *Trabalho Docente: de portas abertas para o cotidiano de uma escola prisional*. 2008. 136f. Dissertação (Mestrado em Educação). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 23.

<sup>34</sup> Idem, p. 24.

Torna-se essencial o desempenho exercido pelo professor ao oportunizar uma educação em conformidade com os padrões mínimos de aprendizagem. Aquele pode evidenciar, mediante seu proceder, atividades que propiciem um sentimento de importância aos educandos presos, indicando perspectivas de um futuro melhor e transmitindo-lhes informações primordiais e valores para serem aplicados na vida em liberdade.

O Estado e a sociedade devem participar de forma mais ativa na adoção de políticas públicas efetivas, já que na visão de Nucci<sup>35</sup> “é fundamental mostrar à sociedade a vantagem de se aperfeiçoar o sistema carcerário, visto que os sentenciados retornam ao convívio social após algum tempo; deveriam voltar mais preparados e profissionalizados”. Assim, há a necessidade de potencializar a conjuntura de ensino no sistema carcerário, que possa resultar na ampliação do quantitativo de estudantes presidiários. Infelizmente, a realidade brasileira denota um percentual muito baixo de presos nas salas de aula, dificultando a viabilização de instrução, de assistência e da própria ressocialização.

## CONCLUSÃO

A realidade do sistema prisional pátrio não é adequada, tendo em vista as circunstâncias desumanas e cruéis nas quais os encarcerados são colocados, tal como a morosidade da tramitação de seus processos, a defesa técnica deficitária concedida pela administração pública, dentre outras adversidades. As situações expostas não são convenientes nem mesmo a indivíduos que cometeram crimes de natureza hedionda. Assim sendo, observa-se uma afronta, em vários momentos, à dignidade da pessoa humana que é um supraprincípio constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil.

Por conseguinte, em um ambiente tão impiedoso e desumano, a ressocialização não apresenta resultados favoráveis. O egresso retorna à prática de delitos, uma vez que se acha sozinho e sem objetivos de vida, encontrando sustento e um ilusório acolhimento na atividade criminosa. Nesse cenário, a educação poder ser o instrumento mais apropriado para a restauração da confiança, da fé e da esperança das pessoas privadas de liberdade. No entanto, persistem obstáculos na adoção de métodos de aprendizagem pelo Estado nas unidades prisionais.

Além disso, o ensino possui uma considerável importância para o indivíduo enclausurado, tendo em vista que aquele propicia benefícios para que este desenvolva uma capacidade profissional e integre o mercado de trabalho no momento seguinte ao cumprimento de pena, sendo essencial para a concretização da ressocialização. Logo, em resposta ao questionamento inicial, depreende-se que a educação é uma ferramenta hábil a contribuir para a ressocialização do ser humano encarcerado, oportunizando-o dignidade, cidadania e inclusão social.

Não obstante, facilmente é constatada a ausência de um espaço educacional adequado nos estabelecimentos prisionais brasileiros como também a falta de apoio por

---

<sup>35</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 144.

parte do governo. Seria primordial que o Estado e juntamente com toda a sociedade executassem políticas públicas de forma a investirem nesses indivíduos, tão negligenciados e abandonados pela coletividade. Somente dessa maneira, a dignidade da pessoa humana e a ressocialização do preso poderiam ser efetivadas no plano fático.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS, Rafael Damasceno de. *As prisões e o direito penitenciário no Brasil*, 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/Asprisoes-e-odireitopenitenciario-no-Brasil>. Acesso em: 30 set. 2020.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2020.
- BRASIL. Ministério Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen*, dez 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTJhZTU3NjltM2Q4Mi00MjdiLWE0MmWitZTIyZjNlODgzMjEzliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 03 out. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.210 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 29 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347*. Distrito Federal. Min. relator Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 03 out. 2020.
- CAMARGO, Virginia da Conceição. *Realidade do Sistema Prisional*, 2006, p. 24. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2971/Realidadedosistema-prisional>. Acesso em: 30 set. 2020.
- CASSIANO, Carolina. *O Caminho do bem*. Revista Educação, Ed. 118, São Paulo, 2007.
- COSTA, Ilton Garcia; ROSA, Camila Maria. *A Ressocialização através do serviço Público da Educação*. Revista Direito & Paz, São Paulo, v.1, n. 40, jul. 2019. DOI: <https://doi.org/10.32713/rdp.v1i40.986>. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/986/465>. Acesso em: 03 out. 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.



HADDAD, Sergio. *Educação e exclusão no Brasil*. Em Questão 3. Observatório da Educação. Ação Educativa. São Paulo, 2007. Disponível em: [https://media.campanha.org.br/semanadeacaomundial/2008/materiais/SAM\\_2008\\_Ebuloicao.pdf](https://media.campanha.org.br/semanadeacaomundial/2008/materiais/SAM_2008_Ebuloicao.pdf). Acesso em: 03 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 1996

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos Humanos Versus Segurança Pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ONU. *HIV/Aids em Ambientes Prisionais: Prevenção, Atenção, Tratamento e Apoio. Marco Referencial para uma Resposta Nacional Eficaz*, 2007. Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/hiv-aids/07-85461\\_Prison\\_Framework\\_Portuguese.pdf](http://www.unodc.org/documents/hiv-aids/07-85461_Prison_Framework_Portuguese.pdf). Acesso em: 04 out. 2020.

OTTOBONI, Mário. *Ninguém é irrecuperável*. 2. ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SAVIANI, Dermeval. *História das ideias pedagógicas no Brasil*. Campinas: Autores Associados, 2007.

SERRANO, Pablo Jiménez. *O direito à educação: fundamentos, dimensões e perspectivas da educação moderna*. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2017.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. *Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

VIEIRA, Elizabeth de Lima Gil. *Trabalho Docente: de portas abertas para o cotidiano de uma escola prisional*. 2008. Dissertação (Mestrado em Educação). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Data de Recebimento: 16/10/2020.

Data de Aprovação: 24/03/2021.



## TECNOLOGIA DE RECONHECIMENTO FACIAL COMO POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA: O CASO DO METRÔ DE SÃO PAULO

### FACIAL RECOGNITION TECHNOLOGY AS A PUBLIC SECURITY POLICY: THE CASE OF THE SÃO PAULO SUBWAY

*Denis Cortiz da Silva\**

*Gianfranco Faggin Mastro Andréa\*\**

*Wagner Wilson Deiró Gundim\*\*\**

#### RESUMO

O presente artigo tem como escopo o estudo da aplicação da tecnologia do reconhecimento facial como política de segurança pública no âmbito do metrô do Estado de São Paulo. O problema de pesquisa consiste na indagação: é possível a utilização do reconhecimento facial pelo metrô do Estado de São Paulo? O objetivo do estudo consiste em verificar a legalidade e/ou constitucionalidade da concessão do serviço de monitoramento por meio de reconhecimento facial. As metodologias utilizadas foram a de revisão bibliográfica e estudo de caso. Concluiu-se que em função do Metrô de São Paulo não fazer parte do sistema de segurança pública estadual, apresenta-se ilegal e inconstitucional a concessão para o monitoramento via tecnologia de reconhecimento facial dos cidadãos consumidores do serviço de transporte público, oportunidade em que se oferece possível solução para a questão.

Palavras-chave: direito à privacidade; direito à proteção de dados pessoais; reconhecimento facial; segurança pública.

#### ABSTRACT

This article aims to study the application of facial recognition technology as a public safety policy in the context of the São Paulo State subway. The research problem consists in the question: is it possible to use facial recognition by the subway of the State of São Paulo? The aim of this study is to verify the legality and/or constitutionality of the granting of the monitoring service through facial recognition. The methodologies used were bibliographic review and case study. It was concluded that because the São Paulo subway is not part of the state public security system, it is illegal and unconstitutional to grant for monitoring via facial cognition technology of citizens who are consumers of the public

\* Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito da Universidade Paulista e Universidade São Judas. Delegado de Polícia. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0154088457124074>. ORCID: 0000-0002-3638-5681. E-mail: [dcortiz1981@gmail.com](mailto:dcortiz1981@gmail.com).

\*\* Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Especialização em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus, Mestre e Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito da Universidade Paulista. Analista do Ministério Público da União. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9702790239703189>. ORCID: 0000-0003-4817-0298. E-mail: [professorgianfaggin@gmail.com](mailto:professorgianfaggin@gmail.com).

\*\*\* Graduação em Direito pela Universidade Anhembi Morumbi, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, tendo sido bolsista CAPES. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Professor de Direito Constitucional, Ciência Política e Fundamentos do Direito Eleitoral na Universidade Anhembi Morumbi. Sócio Fundador do Gundim & Ganzella Sociedade de Advogados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9744255875865234>. ORCID: 0000-0003-4309-2788. E-mail: [wagner.gundim@adv.oabsp.org.br](mailto:wagner.gundim@adv.oabsp.org.br).

---

transportation service, an opportunity in which a possible solution to the issue is offered.

Key-words: right to privacy; right to protection of personal data; facial recognition; public security.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico vem crescendo a uma velocidade nunca vista antes. São instrumentos tecnológicos que vêm sendo colocados à disposição da sociedade alterando nossa dinâmica de vida de forma profunda. Alguns denominam este novo momento da humanidade como Quarta Revolução Industrial.

A Inteligência Artificial – IA que há algumas décadas parecia objeto apenas de filmes de ficção científica, apresentam-se atualmente muito presente no nosso dia a dia. Um dos desdobramentos da Inteligência Artificial é a tecnologia do reconhecimento facial.

O reconhecimento facial é instrumento tecnológico capaz de inúmeras utilizações, porém vêm sendo aplicado por meio de monitoramento de vídeo em locais públicos para fins de garantia da segurança pública. Valendo-se de um prévio banco de dados de imagens é possível que a IA do reconhecimento facial relacione e identifique indivíduos constantes de aludidos acervos. Tal recurso vem sendo utilizado para o cumprimento de mandados de prisão, por exemplo.

É sabido que a questão da vigilância e privacidade não são temas novos ou recentes e que vêm sendo discutidos há décadas. Ocorre que no momento de inflexão tecnológica hodierno, afigura-se medida de rigor a reflexão e rediscussão acerca de conceitos que tomam novos contornos com a aplicação tecnológica, notadamente em se tratando de direito à privacidade, intimidade, bem como direito à imagem e o direito a proteção de dados pessoais.

Diante deste cenário, o presente estudo busca analisar o caso da implementação do reconhecimento facial no metrô do Estado de São Paulo. O problema de pesquisa consiste em verificar a (i) legalidade e/ou (in) constitucionalidade na atribuição ao Metrô de São Paulo de atividades próprias da Segurança Pública. Para tanto, utilizamos as metodologias de revisão bibliográfica e de estudo de caso.

Na primeira parte do estudo contextualiza o momento de inflexão quanto às tecnologias e avanços tecnológicos disruptivos que aqui se convencia denominar de Quarta Revolução Industrial, bem como aborda o conceito e funcionamento do reconhecimento facial.

Na segunda parte, apresenta o debate que vigora na academia acerca da questão dos limites da vigilância na Sociedade da Informação e conceitos de privacidade e proteção de dados pessoais. Por fim, discorre acerca da aplicação da tecnologia do reconhecimento facial no metrô de São Paulo, oportunidade em que investiga a legitimidade em sua implantação e possível legalidade e/ou constitucionalidade à luz das atribuições próprias dos órgãos de Segurança Pública.

## Novas tecnologias e a quarta revolução industrial: reconhecimento facial

A humanidade vive em uma quadra da história em que existem inúmeras incertezas. Por um lado, os recursos naturais e questões ambientais parecem advertir para um obscuro futuro. Ao mesmo tempo, o surgimento de novas tecnologias - em cada vez menos tempo - aponta para a possibilidade de desenvolvimento sustentável, automatização de trabalhos repetitivos e superação de diversos problemas relacionados, desde saneamento básico, passando pela saúde, segurança pública até a educação.

A capacidade das novas tecnologias, portanto, inauguram um novo período para a humanidade. Dentre as novidades é possível apontar para: Inteligência Artificial (IA), robótica, a internet das coisas (IoT, do inglês), aprendizado de máquina (*machine learning*), veículos autônomos, impressão 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia, computação quântica e tecnologias de *big data* (grande volume de dados estruturados ou não)<sup>1</sup>.

Trata-se de profundas mudanças que estão no seu início, mas são inevitáveis. A questão é que na história nunca houve um período tão promissor e ao mesmo tempo tão perigoso. O momento é de ruptura e inovação que moldarão o futuro. No contexto histórico o termo “revolução” significa mudança abrupta e radical e historicamente as revoluções têm ocorrido diante de inovações tecnológicas e novas formas de perceber o mundo que culminam em alterações estruturais tanto na sociedade, quanto no sistema econômico<sup>2</sup>.

A primeira revolução foi a agrícola, oportunidade em que houve a transição da busca por alimentos para a agricultura há cerca de dez mil anos, por meio da domesticação dos animais. Tal ruptura possibilitou a urbanização e ao surgimento de cidades. Tal revolução foi seguida por uma série de revoluções industriais. O ponto em comum entre elas foi a transição da força muscular para a energia mecânica<sup>3</sup>.

A primeira revolução industrial deu-se entre 1760 e 1840. Principal fator de ruptura com o paradigma até então existente foi a construção das ferrovias e invenção da máquina à vapor, o que proporcionou a produção mecânica. A segunda revolução industrial teve início no final do século XIX e início do século XX. O momento de inflexão deu-se com o advento da eletricidade e a linha de montagem, o que garantiu a produção em massa. Já a terceira revolução industrial, ocorreu a partir da década de 1960 e é denominada de revolução digital, pois as mudanças decorreram do desenvolvimento da computação em *mainframe* (meados da década de 1960), computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet na década de 1990<sup>4</sup>.

Para Klaus Schwab vivemos na atualidade uma quarta revolução industrial com início na virada do século e baseada na revolução digital. Tem como principais características uma internet espalhada e móvel; inteligência artificial e aprendizagem

<sup>1</sup>GAMBA, João Roberto Gorini. *Democracia e tecnologia: impactos da quarta revolução industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 76.

<sup>2</sup>SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 15.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup>GAMBA, João Roberto Gorini. *Op cit.*, p. 70-75.

automatizada. De fato, segundo o autor, as tecnologias digitais evoluíram de tal modo que provocaram uma radical ruptura com o que se tinha conhecimento acerca de computadores com a terceira revolução industrial. Isto porque as tecnologias digitais estão mais sofisticadas e integradas, causando profundas mudanças sociais e econômicas<sup>5</sup>.

Vivemos num ponto de inflexão com as novas tecnologias digitais e a quarta revolução industrial diferencia-se das anteriores pois o que testemunhamos “é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos”.<sup>6</sup> Klaus Schwab também aponta três razões que sustentam a ocorrência de uma quarta revolução industrial:

- **Velocidade:** ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.

- **Amplitude e profundidade:** ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o ‘o que’ e o ‘como’ fazemos as coisas, mas também ‘quem’ somos.

- **Impacto sistêmico:** ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda a sociedade.

João Roberto Gorini Gamba destaca que a centralidade da quarta revolução industrial pode ser encontrada na capacidade de gerar e processar as informações de dados, ou seja, mudamos da noção de Sociedade da Informação que se pautava pela importância econômica, política e social da informação para instalarmos a novel Sociedade de Dados (*Data Society*), por meio da qual assume a dianteira “a relevância social da geração, captação, propagação e, principalmente, da análise de dados”<sup>7</sup>.

Dentro de todas essas mudanças estruturais é sabido que a tecnologia da Inteligência Artificial cresce a uma taxa de 60 % ao ano.<sup>8</sup> Por sua vez, a tecnologia do reconhecimento facial é uma das aplicações da tecnologia de Inteligência Artificial (IA)<sup>9</sup>. A IA é tecnologia que se vale da biometria<sup>10</sup> e conforme destacam Cleiton Correia Viana, Valdir Silva Conceição e Ângela Machado Rocha:

<sup>5</sup>SCHWAB, Klaus. *Op cit.*, p. 16.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> GAMBÁ, João Roberto Gorini. *Op cit.*, p. 78-79.

<sup>8</sup> VIANA, Cleiton Correia; CONCEIÇÃO, Valdir Silva; ROCHA, Ângela Machado. Reconhecimento Facial e a Relativização do Direito da Imagem. *REVISTA INGI*. Vol.3, n.3, p.436-450. Jul/Ago/Set, 2019, p. 437. Disponível em: <http://ingi.api.org.br/index.php/INGI/article/view/50>. Acesso em: 11 jul. 2020.

<sup>9</sup> “A IA é um ramo recente da ciência e da engenharia originária da década de 1950 e que tem o objetivo de analisar e de interpretar os dados complexos, simular ou reproduzir a inteligência humana em máquina e traz como resultados o diagnóstico, o tratamento e a previsão de resultados” (CONCEIÇÃO, Valdir Silva; NUNES, Edna Maria; ROCHA, Angela Machado. O Reconhecimento Facial como uma das Vertentes da Inteligência Artificial (IA): um estudo de prospecção tecnológica. *Cadernos de Prospecção*. Salvador, v. 13, n. 3, p. 745-758, junho, 2020. p. 746).

<sup>10</sup> “A biometria é um tipo de medição que utiliza as medidas de determinada parte do corpo e faz a comparação de dois conjuntos de dados, utilizando-se dos dados armazenados em um banco de dados de imagem. Tratando da descrição do produto, existem algumas maneiras de identificação utilizando a biometria, assim pode-se constatar o uso das digitais para desbloquear acesso ao conteúdo de smartphones, oportunizando a realização até mesmo de operações bancárias, emprego no sistema de votação, dentre

É um sistema inventado por Woodrow Wilson Bredsoe em 1964, em conjunto com Helen Chan Wolf e Charles Bisson, cujo objetivo é identificar as pessoas através de imagem ou vídeo e tem sido estudada e pesquisado de forma ativa a partir da década de 1970, inicialmente com uma abordagem baseada em características, definido por uma representação baseada em proporções da distância, área e ângulo. O segundo tipo de pesquisa é baseado em holísticas decorrentes de estatísticas e IA que aprendem e executam um conjunto de dados de imagens do rosto. As técnicas atualmente mais utilizadas são as redes neurais. O rosto é comparado com base na geometria facial, incluindo as distâncias e proporções entre os olhos e da sobrancelha, comprimento da linha da mandíbula, tamanho do crânio, linha do cabelo, largura do nariz, da boca, do lábio entre outras 80 bases faciais ou pontos nodais, a tecnologia compara a imagem real capturada, com as inúmeras imagens pesquisadas e que já estão inseridas no programa de reconhecimento. Ela possui o poder de identificar faces, mesmo que estejam disfarçadas com óculos, peruca, boné, chapéu e lenço<sup>11</sup>.

Portanto, o sistema de reconhecimento facial necessita de uma base de dados prévia para que realize a leitura dos pontos faciais de uma pessoa, oportunidade em que o codifica em uma sequência digital capaz de gerar um número de identificação individualizado. Todos os momentos em que aquele indivíduo surgir em uma câmera as suas informações faciais serão comparadas com as existentes no banco de dados viabilizando sua identificação com alto grau de eficácia.

Fato é que a tecnologia encimada vem sendo utilizada por Estados para monitorar a circulação de pessoas em ambientes públicos, a fim de localizar, identificar e permitir a abordagem de indivíduos que ostentem mandados de prisão em aberto para cumprimento da pena, por exemplo.

Neste passo, alguns países e, agora no Brasil alguns Estados-membros,<sup>12</sup> já vêm se utilizando da tecnologia do reconhecimento facial como instrumento facilitador para garantia da execução da pena, evitando prescrição intercorrente ou ainda prescrição da pretensão executória, buscando com isso diminuir a sensação de impunidade.

No passado o policial humano apenas dependia de suas capacidades cognitivas e buscava prevenir, investigar e solucionar crimes. Era necessário maior treinamento e fatores intrinsecamente humanos para um bom desempenho profissional. Com a tecnologia disruptiva que acompanha a quarta revolução industrial, as novas ferramentas tecnológicas proporcionam uma verdadeira *cyborgização* do cotidiano. A tecnologia do reconhecimento facial permite “se descobrir no meio da multidão as pessoas, dado que a

---

outras inúmeras aplicações. Pode-se também utilizar o *scanner* da íris e retina para fazer a identificação para acessar determinados ambientes, pois essas partes dos olhos permanecem quase inalteradas durante toda a vida, o que o coloca como uma das partes mais confiáveis para a autenticação biométrica. Como derivação dessa biometria existe o reconhecimento facial com a codificação da face por um software. As duas primeiras técnicas dependem da cooperação ou conhecimento do indivíduo, enquanto que o reconhecimento facial não precisa dessas duas condições” (VIANA, Cleiton Correia; CONCEIÇÃO, Valdir Silva; ROCHA, Ângela Machado. *Op cit.*, p. 438).

<sup>11</sup> VIANA, Cleiton Correia; CONCEIÇÃO, Valdir Silva; ROCHA, Ângela Machado. *Op cit.*, p. 443.

<sup>12</sup> Tal tecnologia foi utilizada durante o Carnaval da Bahia em 2019 pela Secretaria de Segurança Pública do Estado (BRASIL. Câmeras de reconhecimento facial vão ajudar a identificar criminosos no carnaval. *Correio da Bahia*, Salvador, 26 fev. 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/cameras-de-reconhecimento-facial-vaio-ajudar-a-identificar-criminosos-no-carnaval/>. Acesso em 10 jul. 2020).



transparência neste local é ampliada, chegando ao ponto de retirar o que antes se conhecia como esfera privada do sujeito [...]”<sup>13</sup>.

Os sistemas que se valem de algoritmos<sup>14</sup> como o do reconhecimento facial decorrente da IA não são imunes a erros e este fator gera certa repulsa a sua utilização.<sup>15</sup> Diversos casos foram relatados em que o reconhecimento facial “enganou-se” proporcionando o encarceramento equivocado. Isto ocorreu porque os algoritmos podem reproduzir preconceitos de raça (pessoas negras) e gênero (mulheres)<sup>16</sup>. E não só isso, João Roberto Gorini Gamba alerta:

[...] até mesmo os critérios de classificação e identificação de dados podem ser embebidos de preconceito do programador e, com isso, determinar o viés da análise e dos resultados obtidos, sobre os quais se estruturará a decisão. Nesse assunto, é importante destacar que a alimentação dos dados é feita com base em dados do passado visando conduzir ações futuras. Nesse caso, é comum verificar que as tecnologias de big data acabam por perpetuar a desigualdade ou o fator gerador daquelas conclusões tiradas, na medida em que criam um círculo vicioso em torno de suas causas<sup>17</sup>.

De qualquer forma, trata-se, portanto, da utilização da tecnologia do reconhecimento facial como política pública para captura de indivíduos e garantia do cumprimento das penas impostas.

Diante disso, aborda-se a seguir a discussão sobre a questão da coleta de dados pessoais – incluídos aqui os dados de imagem facial – e a possível violação de direitos a privacidade e proteção de dados pessoais.

---

<sup>13</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 6, n. 02, e259, jul./dez. 2019, p. 12. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i02.259>. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259>. Acesso em: 12 jul. 2020.

<sup>14</sup> Como explicam Bruna Dias Franqueira, Ivar A. Hartmann e Lorena Abbas da Silva: “De modo geral, para que alguém possa ser identificado via reconhecimento facial, primeiro um algoritmo deve localizar o rosto da pessoa na imagem – processo chamado de detecção de face. Uma vez detectada, essa face é “padronizada” – dimensionada e alinhada – para que todas as outras faces processadas pelo algoritmo estejam na mesma posição, facilitando a comparação dos rostos. Em seguida, o algoritmo extrai as características da face que podem ser quantificadas de forma numérica, como a distância entre os olhos, nariz e boca ou a textura da pele. A padronização é importante pois tais características serão analisadas em suas variações estatísticas (KLARE et al., 2012, p. 1791)<sup>3</sup>, uma vez que os elementos tenham sido transformados em representações matemáticas, conectados de forma individualizada. Por último, o algoritmo examina grupos de imagens de rostos e emite uma pontuação que reflète a semelhança entre as características das faces que constam no banco de dados (DAUGHERTY et al., 2016, p. 9) e aquela que está sendo submetida a identificação” (ABBAS DA SILVA, L.; FRANQUEIRA, B. D.; HARTMANN, I. A. O que os olhos não veem, as câmeras monitoram: reconhecimento facial para segurança pública e regulação na América Latina. *Revista Digital de Direito Administrativo*. [S.l.], v. 8, n. 1, p. 171-204, 2021. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v8i1p171-204. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/173903>. Acesso em: 14 fev. 2022).

<sup>15</sup> GAMBÁ, João Roberto Gorini. *Op cit.*, p. 82.

<sup>16</sup> THOMPSON, Isobel. The future of your face. *Life*, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://theface.com/life/the-future-of-your-face>. Acesso em: 12 jul. 2020.

<sup>17</sup> GAMBÁ, João Roberto Gorini. *Op cit.*, p. 82.



## Direito à proteção de dados e direito à privacidade: velhos problemas, novas abordagens

A evolução tecnológica tornou possível, por meio do *Big Data* (organização de dados de maneira mais escalável), a construção de uma economia da vigilância que transforma o cidadão como um simples observador de suas próprias informações<sup>18</sup>. Com isso, os dados pessoais dos cidadãos passaram a representar verdadeiros ativos para as grandes corporações, de modo que a posse de quantidades elevadas de dados é sinônimo de poder.

De fato, o amplo acesso aos dados pessoais torna possível o aprimoramento do próprio negócio, uma vez que além de se valerem de tais informações para identificar o perfil, características e rotina de consumo de seu público-alvo, as empresas também podem negociar tais dados com outras corporações<sup>19</sup>. Ademais, o usuário da internet está a todo momento sendo monitorado, seja pelas “marcas digitais” deixadas onde navega, o que permite um direcionamento personalizado de publicidade de bens e serviços, seja pela utilização das redes sociais, as quais em função de suas próprias políticas de geolocalização e conservação de dados (geralmente pelo termo ativar rastreamento) acabam facilitando um monitoramento constante do perfil de consumo (não apenas de produtos e serviços, mas também de informações), e até mesmo de lugares por eles frequentados. É nesta camada nebulosa que a maioria dos problemas relativos à privacidade e proteção de dados se constitui.

Em função disso, de modo a atenuar essa possível tensão entre o direito à privacidade de dados pessoais e a necessidade de aprimoramento das ferramentas tecnológicas, foi possível constatar a tentativa de, pelo direito, regulamentar/normatizar a temática, o que é exemplificado tanto pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGPD) – modelo utilizado por outros países como base de suas legislações nacionais -, como pela Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, que também tem como base o RGPD. Tal é a relevância da proteção de dados na atualidade que recentemente os dados pessoais foram alçados a categoria de direito fundamental constitucional no Brasil, conforme consta da emenda constitucional nº 115/2022<sup>20</sup>.

Com isso, a preocupação central de tais normativas está relacionada a uma possível má utilização dos dados pessoais<sup>21</sup>, pelo governo ou outras entidades, sem o

<sup>18</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 12.

<sup>19</sup> Sobre o uso do reconhecimento facial para além dos discursos de segurança interna, isto é, compreendendo também a sua utilização para fins comerciais, ver: BECK, Cesar Augusto Moacyr Rutowitsch; BOFF, Murilo Manzoni; PIAIA, Thami Covatti. Os (ab)usos da tecnologia de reconhecimento facial na segurança pública e na prestação de serviços a partir da pandemia de COVID-19. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo, v. 15, n. 2, mai./ago. 2021.

<sup>20</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm). Acesso em 14 fev. 2022.

<sup>21</sup> Rosane Leal da Silva e Fernanda dos Santos Rodrigues da Silva, por exemplo, apontam para os desdobramentos do uso da tecnologia de reconhecimento facial em um sistema penal seletivo e racista (CF. SILVA, Rosane Leal da; SILVA, Fernanda dos Santos Rodrigues da. Reconhecimento facial e segurança pública: os perigos do uso da tecnologia no sistema penal seletivo brasileiro. *Anais do 5º Congresso*

consentimento dos usuários, tornando-o verdadeiro cidadão/homem de vidro (transparente e sem qualquer segredo a ser preservado)<sup>22</sup>.

Aqui é preciso acentuar que essa economia da vigilância é desenvolvida no contexto de uma Sociedade da Vigilância, a qual, por sua vez, pressupõe um controle social contínuo por meio de novas tecnologias tais como Big Data, 5G, drones, reconhecimento facial, entre outras<sup>23</sup>.

De fato, o principal objetivo dessa sociedade da vigilância é a classificação<sup>24</sup>. Para Bauman a contemporaneidade dentro do contexto de modernidade líquida apresenta o conceito de vigilância líquida, ou seja, para o autor vive-se num momento em que tudo que é sólido se desmancha no ar, e, conseqüentemente, todas as formas sociais se desmancham mais depressa que a velocidade com que se criam novas formas.

Saindo, portanto, do conceito de vigilância sólida do panóptico idealizado por Jeremy Bentham e, posteriormente aperfeiçoado por Michel Foucault, parte-se – a partir de Gilles Deleuze - para a concepção de sociedade de controle que cresce não como uma árvore, mas sim como ervas daninhas.<sup>25</sup> A partir daqui a vigilância líquida pode ser compreendida, uma vez que o “inspetor” não se encontra fixo por trás do panóptico, mas agora pode escapular por domínios inalcançáveis. É por isso que segundo Bauman estamos diante da era do pós-pan-ótico<sup>26</sup>.

As novas tecnologias, assim, dão uma falsa impressão de liberdade, aprisionando os cidadãos de uma maneira muito mais efetiva, por meio da constante vigilância, mas uma vigilância dinâmica e que se amolda constantemente. Diferente da vigilância sólida que consolida o poder de vigilância em uma figura sólida como o Grande Irmão de Orwell<sup>27</sup>, a vigilância líquida dilui-se pela multiplicação de pequenos irmãos, diante de

---

*Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede.* UFMS – Universidade Federal de Santa Maria, 2019).

<sup>22</sup> RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje.* Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47.

<sup>23</sup> Nesse sentido, Stefano Rodotá destaca que: “A novidade é radical. Os riscos da sociedade da vigilância ligam-se tradicionalmente ao uso político de informações para controlar os cidadãos, o que qualifica tais sociedades como autoritárias e ditatoriais. Na perspectiva que vai se delineando, ao contrário, a ideia de vigilância invade cada momento da vida e se apresenta com um traço próprio das relações de mercado, cuja fluidez diz respeito à possibilidade de dispor livremente de um conjunto crescente de informações. Materializa-se assim a imagem do ‘homem de vidro’, o verdadeiro cidadão desse novo mundo. Uma imagem que, não por acaso, provém diretamente do tempo do nazismo e que propõe uma forma de organização social profundamente alterada, uma espécie de transformação irrefreável da ‘sociedade da informação’ em ‘sociedade da vigilância’” (RODOTÁ, Stefano. *Op cit.*, p. 113).

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>25</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida: diálogos com David Lyon.* Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 7.

<sup>26</sup> “O pan-ótico é apenas um modelo de vigilância. A arquitetura das tecnologias eletrônicas pelas quais o poder se afirma nas mutáveis e móveis organizações atuais torna a arquitetura de paredes e janelas amplamente redundante (não obstante firewalls e windows). E ela permite formas de controle que apresentam diferentes faces, que não têm uma conexão óbvia com o aprisionamento e, além disso, amiúde compartilham as características da flexibilidade e da diversão encontradas no entretenimento e no consumo” (BAUMAN, Zygmunt. *Op cit.*, p. 8).

<sup>27</sup> George Orwell escreveu o romance distópico 1984. O protagonista Winston conseguia escapar em certos momentos, da vigilância operada pelo Grande Irmão. A teletela era um tipo de tecnologia bidimensional e

uma economia de vigilância em que seus atores têm como modelo de negócio vigiar os cidadãos-potenciais consumidores<sup>28</sup>. A teletela de Orwell é substituída pelas inúmeras microtelas dos aparelhos celulares *smartphones* aos *trackers*<sup>29</sup>, numa contínua arquitetura da vigilância<sup>30</sup>.

Estabelecido o contexto em que se desenvolve a temática da privacidade e proteção de dados pessoais, passamos a seguir a analisar especificamente o caso da utilização da tecnologia do reconhecimento facial a ser implantada no metrô de São Paulo e a possível violação tanto do direito fundamental a proteção de dados e privacidade, quanto a prerrogativa de atribuição quanto à coleta e seu armazenamento.

### **Reconhecimento facial e segurança pública: o caso do metrô de São Paulo e o problema da atribuição na coleta e tratamento de dados pessoais**

Anteriormente, foram analisadas as problemáticas da implantação de um sistema de reconhecimento facial, notadamente a proteção a ser garantida pelo detentor desse banco de dados, tendo em vista que essas informações devem respeitar os direitos de intimidade e privacidade, bem como deve ser garantida a acurácia do sistema, a fim de se evitar constrangimentos altamente danosos à honra, imagem e autoestima da pessoa, como, por exemplo, já aconteceu no Rio de Janeiro, quando uma mulher foi presa após ser confundida pelo sistema de reconhecimento facial, tendo sido libertada apenas na Delegacia, quando sua verdadeira identidade foi checada<sup>31</sup>.

Imagine-se então uma pessoa, acompanhada de seus familiares, amigos ou colegas de trabalho, ser repentinamente detida por forças de segurança estatais, sob alegação de que seria pessoa procurada pela justiça, sendo levada, dependendo da situação, algemada, para uma Delegacia. Ainda que o mal entendido venha a ser desfeito logo depois, obviamente a imagem desta pessoa ficou chamuscada perante seus acompanhantes, isso sem levar em consideração que na sociedade digital atual, e em local extremamente movimentado como o Metrô de São Paulo, muito provavelmente alguém filmará a cena e, em questão de minutos esta imagem, de uma pessoa sendo presa em pleno transporte público, estará em milhares, quiçá milhões de outros celulares, causando danos irreparáveis e de extensão incalculável ao erroneamente reconhecido.

Neste tópico, analisa-se, diante das questões e falhas do sistema analisados anteriormente neste trabalho, o caso do Metrô de São Paulo<sup>32</sup>, que em 27 de junho de

---

fazia as vezes de uma televisão para transmitir as mensagens oficiais do governo e, às vezes, de uma câmera de vigilância para observar os cidadãos em suas residências (BIONI, Bruno Ricardo. *op cit.*, p. 133).

<sup>28</sup> *Idem*, p. 135.

<sup>29</sup> Referência a todos as ferramentas de rastreamento de hábitos dos consumidores ao longo de sua navegação na internet, como por exemplo os cookies.

<sup>30</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Op cit.*, p. 135.

<sup>31</sup> G1 RIO. *SISTEMA DE RECONHECIMENTO FACIAL DA PM DO RJ FALHA, E MULHER É DETIDA POR ENGANHO*. DISPONÍVEL EM [HTTPS://G1.GLOBO.COM/RJ/RIO-DE-JANEIRO/NOTICIA/2019/07/11/SISTEMA-DE-RECONHECIMENTO-FACIAL-DA-PM-DO-RJ-FALHA-E-MULHER-E-DETIDA-POR-ENGANO.GHTML](https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/11/sistema-de-reconhecimento-facial-da-pm-do-rj-falha-e-mulher-e-detida-por-engano.ghtml). Acesso em 02 jul. 2020.

<sup>32</sup> Importante ressaltar que o Metrô de São Paulo é uma empresa pública estadual, parte integrante da administração indireta, ou seja, é instituição que se submete aos princípios da administração pública como legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, ostentando desta forma natureza eminentemente

2019 lançou edital para a contratação de sistema de monitoração eletrônica das linhas 1 – azul, 2 – verde e 3 - vermelha da Companhia do Metropolitano de São Paulo<sup>33</sup>.

Já em análise superficial, detecta-se a primeira falha, uma vez que o sistema metroviário da cidade de São Paulo, além das três linhas já citadas, ainda é composto pela Linha 4 – Amarela<sup>34</sup>, Linha 5 – Lilás<sup>35</sup> e Linha 15 – Prata. As duas primeiras tiveram suas operações concedidas à iniciativa privada, e a última, embora ainda esteja sendo operada pelo ente estatal, também deve ser objeto de concessão<sup>36</sup>.

Assim, embora seja um único sistema de transporte, com a livre circulação de passageiros entre as diversas linhas, inclusive de maneira gratuita, apenas em parte do sistema haverá a implantação do sistema de reconhecimento facial. Ainda que no futuro, as concessionárias decidam expandir este sistema de monitoramento, não há qualquer obrigação jurídica que imponha às pessoas jurídicas de direito privado a obediência ao mesmo sistema de coleta, tratamento e, principalmente, proteção dos dados, já que nem no edital de contratação do serviço, nem nos contratos de concessão, há qualquer cláusula determinando a uniformização de sistema de monitoramento eventualmente implantado.

Esta ausência de uniformidade no monitoramento levanta algumas problemáticas, pois existirá um tratamento diferenciado para usuários do mesmo serviço, pois aquele que utiliza as linhas sob operação direta do Metrô, com exceção da linha 15, será monitorado, enquanto o usuário que utiliza as linhas sob concessão não.

Conforme já estudado, a implantação do sistema de reconhecimento facial, decorrente da quarta revolução industrial, parece inafastável. Assim, haverá um momento em que o sistema - atualmente operado por três pessoas jurídicas distintas, mas com grandes possibilidades de serem quatro os *players* - poderá trabalhar com diversos sistemas de monitoramento facial, expondo o usuário à captação da sua imagem por sistemas com índices de acerto distintos e níveis diversos de proteção de seus dados. A melhor solução para o citado problema seria o aditamento dos contratos de concessão, e do edital de concessão da Linha 15, devendo constar nos instrumentos quais os requisitos técnicos que as concessionárias deverão obedecer quando eventualmente implantarem o sistema de reconhecimento facial nas linhas que operam, devendo ainda este dispositivo jurídico conter exigências de nível de acuidade mínima no reconhecimento, quanto a proteção dos dados coletados e o tratamento dado a eles, já que como o executor do serviço público é a iniciativa privada, deve ser coibido o uso destes dados com o intuito de lucro.

---

administrativa. Suas atribuições não se confundem com a de outras instituições como as de segurança pública, já que tem como finalidade o transporte público.

<sup>33</sup> Edital disponível em <https://transparencia.metrosp.com.br/dataset/editais-e-instrumentos-contratuais/resource/726be966-0fb0-46dc-9dd3-dfccc9970a29>. Acesso em 05 jul. 2020.

<sup>34</sup> Com operação e exploração dos serviços concedida à Concessionária da Linha 4 do Metrô do Metrô de São Paulo S.A. até 2038, nos termos do Contrato 4232521201. Disponível em <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2186>. Acesso em 08 jul. 2020.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Processo STM 000816/2017 – Concessão Linha 15 Prata. Documento disponível em <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=29032>. Acesso em 08 jul. 2020.

Passa-se agora a analisar a contratação já feita pelo Metrô, para implementação do sistema de reconhecimento facial nas linhas diretamente operadas pela pessoa jurídica de direito público.

Ao definir os critérios de avaliação e qualificação das propostas<sup>37</sup>, o Metrô definiu que, para fins de escolha do vencedor (item 2), será utilizado unicamente o critério de menor preço, não fazendo nenhuma exigência de ordem qualitativa, ou seja, não se exige do vencedor qualquer *expertise* na implantação e gestão de sistemas de reconhecimento facial, ou que o licitante comprove possuir capacidade técnica para garantir que os dados coletados protejam a intimidade dos usuários do sistema.

Ainda na mesma seção, ao exigir que o licitante prove documentalmente possuir experiência e capacidade técnica de implementar o sistema de monitoramento (item 4), o Metrô exige apenas que o futuro contratado tenha capacidade de fornecer e implementar o sistema que opere com, no mínimo, 993 (novecentas e noventa e três) câmeras, servidores de alta capacidade para armazenamento de imagens e gerenciamento das imagens das câmeras com no mínimo 2.000 TB (dois mil terabytes); rede de transmissão de dados de, no mínimo 10 Gbps (dez gigabytes por segundos); e sistema integrado com softwares e ferramentas de inteligência artificial.

Ao analisar com maior profundidade o último requisito, já que o coração do sistema de reconhecimento facial, como já visto, é um algoritmo, que por sua vez utiliza algum padrão matemático, é possível perceber que há uma grande diferença no percentual de acerto conforme varia a combinação algoritmo – padrão matemático. O Metrô, ao iniciar o processo de contratação, sequer delimitou o emprego dos algoritmos já conhecidos e cientificamente comprovados como de melhor percentual de acerto, não havendo qualquer óbice, do ponto de vista jurídico, da utilização de sistema com baixo índice de acerto.

Um estudo realizado por Alex Lima Silva e Marcos Evandro Cintra, no qual foi comparada a acurácia de diversos sistemas de reconhecimento facial, obteve, valendo-se de um banco de dados chamado *Brazilian Face Database*, níveis de acerto muito díspares, de acordo com o binômio algoritmo – padrão matemático utilizado. Neste estudo foram testadas dez combinações diferentes. A mais precisa teve 94,32% de acerto, enquanto o pior índice apurado foi de 53,41%<sup>38</sup>.

Ainda no Edital, há a publicação de um formulário denominado “planilha de preço”, que deve ser preenchido pelo licitante. Ao descrever o software de reconhecimento que deve ser empregado, há tão somente a exigência de um “software analítico de análise forense (software de análise de conteúdo de vídeos) com licenças para cerca de 1500 câmeras e com os servidores necessários para lidar com imagens de 1500 câmeras”<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Edital disponível em <https://transparencia.metrosp.com.br/dataset/editais-e-instrumentos-contratuais/resource/726be966-0fb0-46dc-9dd3-dfccc9970a29>, p. 44-48. Acesso em 05 jul. 2020.

<sup>38</sup> SILVA, Alex Lima; CINTRA, Marcos Evandro. Reconhecimento de padrões faciais: Um estudo. In: IFRN. *VII Escolar Potiguar de Computação e suas Aplicações – TI como Fator de Desenvolvimento Regional*. Santa Cruz – RN, 2014. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/aa94/f214bb3e14842e4056fdef834a51aecef39c.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020.

<sup>39</sup> Edital disponível em <https://transparencia.metrosp.com.br/dataset/editais-e-instrumentos-contratuais/resource/726be966-0fb0-46dc-9dd3-dfccc9970a29>, p. 59, 65, 86 e 98. Acesso em 05 jul. 2020.



Ainda que o ente público não quisesse eleger um algoritmo a ser empregado no software, visando afastar qualquer alegação de direcionamento do processo licitatório, deveria ao menos fixar margem mínima de acerto do processo de reconhecimento facial, bem como estabelecer parâmetros razoáveis de segurança deste software, já que, quando em pleno funcionamento, este sistema gigantesco diariamente captará, tratará e armazenará a imagem de milhões de pessoas<sup>40</sup>.

A licitação foi vencida pelo Consórcio Engie Ineo Johnson, formado pelas empresas Engie Brasil Soluções Integradas Ltda, Ineo Infracom e Johnson Controls BE do Brasil, que, ofereceu o menor preço, qual seja, R\$ 58.618.282,54 (cinquenta e oito milhões, seiscentos e dezoito mil, duzentos e oitenta e dois reais e cinquenta e quatro centavos) para a implantação do sistema<sup>41</sup>.

Analisando o contrato celebrado com o consórcio vencedor, não há qualquer inovação quanto às exigências de ordem técnica em relação ao edital, não prevendo o instrumento qualquer cláusula exigindo excelência no funcionamento do sistema de reconhecimento facial, ou seja, o sistema será de fato implantado pelo contratado sem qualquer norma jurídica que o obrigue a entregar um sistema seguro no tocante à coleta, tratamento e armazenamento dos dados.

Assim, as Defensorias Públicas do Estado de São Paulo e da União, o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, e as associações civis Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social e Artigo 19 Brasil ajuizaram ação de produção antecipada de provas contra o Metrô<sup>42</sup>.

O pedido foi deferido pelo Juízo, determinando que o Metrô prestasse uma série de informações, como a eficácia e confiabilidade do sistema; a forma de coleta, tratamento, armazenamento e proteção dos dados coletados; e quais seriam os bancos de dados utilizados para comparação das imagens coletadas.

Em sua resposta, o Metrô, primeiramente, informa que o sistema contratado, prioritariamente será destinado ao mero monitoramento do sistema, alegando que “a identificação facial de pessoas somente será utilizada em casos muito específicos (...) como por exemplo, busca de pessoas desaparecidas, ou identificação de um usuário que eventualmente tenha praticado algum crime nas dependências do Metrô, bem como busca após determinação judicial.”<sup>43</sup>

Neste ponto, ao nosso ver, fica evidente que o sistema de reconhecimento facial do Metrô será sim um instrumento utilizado na repressão penal, uma vez que o próprio assume que usará o sistema para identificação de suspeitos pela prática de crimes praticados em suas dependências, bem como utilizará o sistema para efetuar a detenção

---

<sup>40</sup> Segundo informações do próprio Metrô no mês de fevereiro de 2020, mais de 65 milhões de pessoas utilizaram as linhas 1, 2, 3 e 15. Disponível em <<https://transparencia.metrosp.com.br/dataset/demanda/resource/12085898-7e70-46e4-b84b-c0701cb53d2b>>. Acesso: 08 jul. 2020.

<sup>41</sup> Contrato 1001455701, celebrado em 13 dez. 2019. Disponível em <<https://transparencia.metrosp.com.br/dataset/editais-e-instrumentos-contratuais/resource/726be966-0fb0-46dc-9dd3-dfccc9970a29>>. Acesso em 05 jul. 2020.

<sup>42</sup> Processo digital 1006616-14.2020.8.26.0053, em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Capital/SP. Processo digital, que pode ser consultado junto ao sítio do TJ/SP.

<sup>43</sup> Idem, p. 555.



de pessoas procuradas pela Justiça, pois esta é a única interpretação possível a ser extraída da afirmação acima grifada.

Não havendo dúvidas sobre a utilização do sistema na política de segurança pública e sabendo que o reconhecimento facial trabalha com a comparação do rosto captado em tempo real com um banco de dados prévio, parece evidente que o corpo funcional do Metrô, ou até mesmo os particulares que estarão operando o sistema, já que nem o edital nem o contrato deixam claro quem operará o sistema após a implantação, terão acesso ao banco de dados da Secretaria de Segurança Pública, pois somente este tem a informação de quem são as pessoas que tem ordem de prisão contra si e também é o principal órgão responsável pela identificação civil da população.

Tal situação fere direitos fundamentais tais como: direito à intimidade, privacidade, imagem do usuário e direito a proteção de dados pessoais, pois tais informações não são de domínio público e sequer podem ser requisitadas por algum interessado, sendo de conhecimento exclusivo dos integrantes do sistema de segurança pública, do Ministério Público e do Poder Judiciário. Patente a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade.

Ainda na contestação, o Metrô invoca as leis federais n.ºs 6.149/1974 e 5.970/1973 para justificar que seu corpo de segurança possui poder de polícia, “inclusive com atribuições relativas à prisão e lavratura de boletim de ocorrência.”<sup>44</sup>

Contudo, não é possível confundir poder de polícia, conceito de direito administrativo<sup>45</sup>, com competência legal para investigação criminal, que, nos termos do artigo 4º do Código de Processo Penal e seu parágrafo único, poderá ser exercida somente pela autoridade policial e, excepcionalmente por outras autoridades administrativas cuja lei tenha outorgado tal função.

De pronto, exclui-se da análise a lei 5.970/1973, que versa sobre a possibilidade da não preservação do local de acidente de trânsito, quando tal procedimento foi prejudicial ao tráfego, excluindo a aplicação do artigo 6º, inciso I, do Código de Processo Penal<sup>46</sup> nestas hipóteses.

Já a lei 6.149/1974, em seu artigo 3º, determina que o serviço de transporte deverá “manter corpo próprio e especializado de agente de segurança” que tem como uma de suas funções básicas “a preservação do patrimônio vinculado”, conforme disposto no artigo 2º.

O artigo 4º da mesma lei estabelece que este corpo próprio de segurança deverá colaborar com a Polícia local para manter a ordem pública, prevenir ou reprimir crimes e

<sup>44</sup> Processo digital 1006616-14.2020.8.26.0053, em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Capital/SP. Processo digital, que pode ser consultado junto ao sítio do TJ/SP, p. 556.

<sup>45</sup> Que segundo Hely Lopes Meirelles “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso, o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. O Poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 115).

<sup>46</sup> Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais (BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 20 jul 2020).

contravenções penais nas áreas do serviço de transporte metroviário. Ou seja, não há qualquer autorização legal para que o corpo de segurança do Metrô atue na repressão penal, devendo, tão somente, auxiliar os órgãos investigativos, o que implica no reconhecimento de mais uma ilegalidade/inconstitucionalidade.

Quanto à realização de prisões por parte dos prepostos do Metrô, o inciso II do mesmo artigo 4º os autoriza a “prender em flagrante os autores dos crimes ou contravenções penais e apreender os instrumentos e os objetos que tiverem relação com o fato, entregando-os à autoridade policial competente”. Entretanto, a prisão em flagrante é facultada a qualquer do povo, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, o que não pode ser confundido com a prisão em razão de mandado judicial, que só pode ser realizada por integrantes do sistema de segurança pública.

Ainda na demanda judicial, o Metrô alega que o sistema de reconhecimento facial não estará sujeito às disposições da LGPD, uma vez que “a coleta de dados (...) estará ligada à Segurança Pública e/ou atividades de investigação e repressão a infrações penais”, invocando o artigo 4º, inciso III, alíneas a) e d) da LGPD.<sup>47</sup> Trata-se, aqui, de outro claro equívoco. Isso porque o conceito de “dado pessoal” não envolve apenas informações, notadamente escritas, mas sim a toda e qualquer informação que, relacionada à uma pessoa natural, seja capaz de identificá-la. Dessa forma, “a imagem de uma pessoa, por exemplo, é dado pessoal, desde que seja possível identificá-la. Isso se aplica tanto a fotos quanto a vídeos<sup>48</sup>”.

Ademais, seja por meio de uma imagem ou de um vídeo, outras informações relevantes e atinentes às pessoas podem ser extraídas, de modo que “identificar uma pessoa não quer dizer necessariamente saber seu nome, endereço, telefone, etc. Trata-se de identificar no sentido de individualizar uma pessoa num grupo social<sup>49</sup>. Dessa forma:

[...] Uma fotografia ou um vídeo que mostra uma pessoa rezando dentro de uma igreja, ou participando de um partido político, torna possível identificar a religião e as opiniões políticas dessa pessoa.

No exemplo mencionado no parágrafo anterior, o problema se torna ainda mais complexo, uma vez que informações relacionadas a convicções religiosas e opiniões políticas são consideradas pela LGPD “dados pessoais sensíveis”. Essa espécie de dado pessoal recebe uma proteção ainda maior da lei e seu tratamento exige um cuidado especial por parte das pessoas físicas e jurídicas que o tratam<sup>50</sup>.

Dessa forma, enquadrando-se como empresa que lidará com o tratamento de dados de milhões de pessoas, o Metrô fatalmente estará submetido aos termos da LGPD brasileira, devendo observância aos comandos e princípios estatuídos pela legislação, notadamente aos requisitos exigidos pelo artigo 7º da mencionada Lei para o tratamento

<sup>47</sup> Art. 4º. Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: (...) III – realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; (...) d) atividades de investigação e repressão de infrações penais (BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 20 jul. 2020)

<sup>48</sup> LOPES, Marcelo Frulanni. A lei geral de proteção de dados pessoais e o direito de imagem. *JOTA* [online], 2019.

<sup>49</sup> BARBOSA, Danilo Ricardo Ferreira; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. A coleta e o uso indevido de dados pessoais: um panorama sobre a tutela da privacidade no Brasil e a lei geral de proteção de dados. *RJLB*, ano 5, n. 6, 2019. p. 493.

<sup>50</sup> LOPES, Marcelo Frulanni. *Op cit.*, 2019.

de dados – dentre eles o consentimento do titular -, sob pena de sofrer a aplicação de penalidades altíssimas no caso de seu descumprimento.

Assim, para tentar elidir-se da responsabilidade imposta pela *novel* legislação, o Metrô reafirma, de maneira totalmente equivocada, que seu sistema de reconhecimento facial será ferramenta de execução de políticas de segurança pública, sendo que, como já provado, não há qualquer autorização legal para que seu corpo de segurança atue nesta seara, não podendo, a nosso ver, ter acesso a dados sigilosos ligados à segurança pública.

Assim, entende-se que a única solução viável para a utilização do sistema de reconhecimento facial na segurança pública seria a implantação do caminho inverso. O Metrô, através de um consórcio, cederia acesso ao seu sistema aos órgãos de segurança pública que, de forma interna e com seu corpo funcional, trabalharia essas imagens a fim de identificação de criminosos.

Ratificando o entendimento já exposto, relevante mencionar que a tecnologia de captação dos rostos dos usuários já foi utilizada em parte do sistema metroviário de transporte, a Linha 4 Amarela, que instalou painéis digitais nas portas de entrada e saída das composições veiculando publicidades diversas, e junto dessas, câmeras que captavam o rosto das pessoas que assistiam a esses comerciais. A concessionária visava criar um banco de dados capaz de aumentar sua lucratividade com a cessão de espaços para publicidade, pois poderia oferecer um mapeamento completo a potenciais clientes. Tal desiderato valer-se-ia das informações dos usuários do transporte como: o número de usuários em cada período do dia, a idade média deles, cor/raça e até mesmo a reação das pessoas conforme o comercial exibido.

A legalidade da implantação desta tecnologia foi questionada judicialmente pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC, que ajuizou a ação civil pública 1090663-42.2018.8.26.0100, com trâmite perante a 37ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital/SP. De plano foi concedida tutela antecipada determinando a cessação da captação das imagens dos usuários, com o desligamento das câmeras e ainda a colocação de adesivos nas lentes.

A concessionária impugnou o pleito alegando que o sistema utilizado não era de reconhecimento facial, não identificava as pessoas, mas apenas de “detecção de rostos classificáveis em categorias de expressões, gêneros e tipos”<sup>51</sup>. Também alegou que os

<sup>51</sup> TJSP. *Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100*, p. 2283. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?jsessionid=9E55E08EBCA5A52D49C0854CE2B7A751.cpopg8?conversationId=&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1090663-42.2018&foroNumeroUnificado=0100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=10906634220188260100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_e3ab9b92da0643aba1837e2ac5a5a377&g-recaptcha-response=03AGdBq26Ni5Jw7QUPxCXO\\_XUmsE8gmTcGk\\_wCyAsnCY7Y8DIRh0XtGi1S7aZXHBCcPM2Xuvu n6j13hpVu1\\_TvSMelFuG0IMEFOM5YW1r1WxRa02Yrlz3Nes6F3kE7CpYpXVx\\_RMWwdYDdqGgJxnszTSY8Vo6oLfUI1LtN-AGldkkEQbOckIOLIA6XRERITTR-XSubxxzri1ry8Ws00NwCMr5nlqTmTzgn5M033qmaY2QKHdxMvsEHHTGE1yzPz9kdGvP1Hf-Z4kJMGqD7QgS1Nd-NRLfeCBHj\\_MSu7UyrxWjvptc6ebMnJv\\_APRt893uzOSYUJXB0ZysajZmkv9Zzi3OeYJeCzpaQIEFa2t9TxTxmIkzPEzREb3d2KceCRy1BqJ1HEGrHYLUES4Iu8nj\\_DrcQ2c1k3nNwrZf4YLH-cRupQt9m1zEeYbKl52-eXlRk\\_F2mukyLBkNVkkPMNh8bGPi3nWcw&processo.codigo=2S000WSPS0000](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?jsessionid=9E55E08EBCA5A52D49C0854CE2B7A751.cpopg8?conversationId=&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1090663-42.2018&foroNumeroUnificado=0100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=10906634220188260100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha_e3ab9b92da0643aba1837e2ac5a5a377&g-recaptcha-response=03AGdBq26Ni5Jw7QUPxCXO_XUmsE8gmTcGk_wCyAsnCY7Y8DIRh0XtGi1S7aZXHBCcPM2Xuvu n6j13hpVu1_TvSMelFuG0IMEFOM5YW1r1WxRa02Yrlz3Nes6F3kE7CpYpXVx_RMWwdYDdqGgJxnszTSY8Vo6oLfUI1LtN-AGldkkEQbOckIOLIA6XRERITTR-XSubxxzri1ry8Ws00NwCMr5nlqTmTzgn5M033qmaY2QKHdxMvsEHHTGE1yzPz9kdGvP1Hf-Z4kJMGqD7QgS1Nd-NRLfeCBHj_MSu7UyrxWjvptc6ebMnJv_APRt893uzOSYUJXB0ZysajZmkv9Zzi3OeYJeCzpaQIEFa2t9TxTxmIkzPEzREb3d2KceCRy1BqJ1HEGrHYLUES4Iu8nj_DrcQ2c1k3nNwrZf4YLH-cRupQt9m1zEeYbKl52-eXlRk_F2mukyLBkNVkkPMNh8bGPi3nWcw&processo.codigo=2S000WSPS0000). Acesso em 7 jun. 2021.

dados não eram tratados e armazenados, sendo a coleta somente para fins estatísticos. Por fim, afirmou que tinha autorização do poder concedente para a implantação da tecnologia.

O processo, acertadamente, foi julgado parcialmente procedente, confirmando a tutela antecipada e condenando a ré no pagamento de danos morais coletivos no valor de cem mil reais. No início da fundamentação, o Juízo invoca o art.11, I da LGPD, já que a concessionária captava as imagens sem autorização do usuário, não ficando comprovada nenhuma das hipóteses previstas no inciso II do mesmo artigo, que dispensa a autorização para tratamento dos dados, pois a mera detecção facial, procedimento alegado pela ré, já deve ser considerado dado biométrico e, conseqüentemente dado sensível.

Além disso, a concessionária sequer informava os usuários que seus rostos, feições e reações estavam sendo captados, em flagrante desrespeito ao artigo 6º, III e IV da Lei 8.078/1990 – CDC.

Também foi refutado acertadamente a alegação que a concessionária tinha autorização do Poder Público, corroborando o Juízo o entendimento do Ministério Público que “É irrelevante a anuência do Metrô, porque o ato permanece sendo ilegal, porque o Estado não pode dispor dos direitos fundamentais dos cidadãos e, diversamente do alegado pela ré, esta exploração econômica em absolutamente nada interfere na garantia da modicidade dos preços das tarifas, porque reverte o lucro exclusivamente em favor da ViaQuatro”<sup>52</sup>.

Por fim, o Juízo afastou a alegação da Via Quatro de que os dados não eram tratados e armazenados, pois a própria ré não conseguiu demonstrar, durante todo o plexo probatório, que não realizava determinadas atividades.

Esta alegação da ré nos parece totalmente inverossímil, pois se o objetivo da Via Quatro era justamente criar um *big data* de seus usuários visando justamente oferecer no mercado a possibilidade de veiculação de publicidades direcionadas, pautadas em um levantamento de seus usuários, identificando individualidades como cor, raça, idade e gênero, bem como seus gostos pessoais, já que captava a reação das pessoas após a exposição delas, parece-nos impossível o não tratamento e armazenamento dessas informações para fins de atingimento do objetivo pleiteado.

<sup>52</sup> TJSP. *Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100*, p. 2292. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?jsessionid=9E55E08EBCA5A52D49C0854CE2B7A751.cpopg8?conversationId=&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1090663-42.2018&foroNumeroUnificado=0100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=10906634220188260100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_e3ab9b92da0643aba1837e2ac5a5a377&g-recaptcha-response=03AGdBq26Ni5Jw7QUPxCXO\\_XUmsE8gmTcGk\\_wCyAsnCY7Y8DIRh0XtGi1S7aZXHBCcPM2Xuvu n6j13hpVu1\\_TvSMelFuG0IMEFOM5YW11rWxRa02Yrlz3Nes6F3kE7CpYpXVx\\_RMWwdYDdqGgJxnszTSY8Vo6oLfUI1LtN-AGldkkEQbOckIOLIA6XRERITTR-XSubxxzriJ1ry8Ws00NwCMr5nlqTmTzgn5M033qmaY2QKHdxMvsEHHTGE1yzPz9kdGvP1Hf-Z4kJMGqD7QgS1Nd-NRlfeCBHj\\_MSu7UyrxWjvptc6ebMnJv\\_APRt893uzOSYUJXB0ZysajZmkv9Zzi30eYJeCzpaQIEFa2t9TxTxmIkzPEzREb3d2KceCRy1BqJ1HEGrHYLUES4Iu8nj\\_DrcQ2c1k3nNwrZf4YLH-cRupQt9m1zEeYbKl52-eXlRk\\_F2mukyLBkNVkkPMNh8bGPi3nWcw&processo.codigo=2S000WSPS0000](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?jsessionid=9E55E08EBCA5A52D49C0854CE2B7A751.cpopg8?conversationId=&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1090663-42.2018&foroNumeroUnificado=0100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=10906634220188260100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha_e3ab9b92da0643aba1837e2ac5a5a377&g-recaptcha-response=03AGdBq26Ni5Jw7QUPxCXO_XUmsE8gmTcGk_wCyAsnCY7Y8DIRh0XtGi1S7aZXHBCcPM2Xuvu n6j13hpVu1_TvSMelFuG0IMEFOM5YW11rWxRa02Yrlz3Nes6F3kE7CpYpXVx_RMWwdYDdqGgJxnszTSY8Vo6oLfUI1LtN-AGldkkEQbOckIOLIA6XRERITTR-XSubxxzriJ1ry8Ws00NwCMr5nlqTmTzgn5M033qmaY2QKHdxMvsEHHTGE1yzPz9kdGvP1Hf-Z4kJMGqD7QgS1Nd-NRlfeCBHj_MSu7UyrxWjvptc6ebMnJv_APRt893uzOSYUJXB0ZysajZmkv9Zzi30eYJeCzpaQIEFa2t9TxTxmIkzPEzREb3d2KceCRy1BqJ1HEGrHYLUES4Iu8nj_DrcQ2c1k3nNwrZf4YLH-cRupQt9m1zEeYbKl52-eXlRk_F2mukyLBkNVkkPMNh8bGPi3nWcw&processo.codigo=2S000WSPS0000). Acesso em: 7 jun. 2021.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, entende-se que a quarta revolução industrial já está em andamento, e que um de seus vetores, a implantação em larga escala de sistemas de reconhecimento facial é inafastável, devendo cada vez mais fazer parte do cotidiano de todos nós.

Assim, é natural e até mesmo salutar que o meio de transporte mais movimentado no país utilize tal tecnologia, visando aumentar o nível de proteção de seu patrimônio, o resguardo à incolumidade física de seus milhões de usuários, fatores que são decisivos para um melhor funcionamento do sistema.

Embora seja iniciativa que dialoga com os novos tempos que em se vive, preocupa a forma como a implantação e gerenciamento do sistema será feito, pois como se estudou, em nenhum momento de todo o processo licitatório o Metrô fez qualquer exigência de ordem técnica visando colocar em funcionamento um sistema que seja seguro o suficiente para garantir que os dados coletados, contendo a biometria facial de milhões de pessoas, não sofra qualquer desvio de finalidade, como, por exemplo, a utilização comercial desta gigantesco bloco de informações.

Também se verificou que o Metrô, em nenhum momento, criou qualquer obrigação jurídica com o consórcio contratado exigindo um percentual mínimo de acerto do sistema de reconhecimento, já que é cientificamente comprovado que, de acordo com o algoritmo e o sistema matemático utilizados, o nível de acerto é oscilante.

Além de não prever tais requisitos técnicos, o Metrô informou que seu sistema de reconhecimento facial será usado como política de segurança pública, o que fere direitos e garantias fundamentais, configurando ilegalidades e inconstitucionalidades.

Primeiro, porque o Metrô não integra o sistema de segurança pública, composto exclusivamente pelas instituições listadas no rol taxativo previsto no artigo 144 da Constituição Federal. Assim, parece violação ao direito à privacidade o atuar do Metrô, como explicitamente afirmou na ação judicial n. 1006616-14.2020.8.26.0053 em tela estudada, que o sistema de reconhecimento facial seja utilizado para a detenção de pessoas com a ordem judicial de prisão em aberto, uma vez que para execução deste ato, obviamente deverá possuir banco de dados contendo o rol de todas as pessoas nesta situação, bem como toda a sua qualificação, informações que devem ser de conhecimento exclusivo dos atores da persecução penal – polícias, Ministério Público e Poder Judiciário, não havendo possibilidade que tais dados sejam cedidos ainda que celebrado convênio entre as instituições.

Segundo que o corpo de segurança do Metrô, a despeito do afirmado na citada ação judicial, não possui qualquer autorização legislativa para investigação, tendo como competências funcionais a defesa do patrimônio, da proteção do usuário e a cooperação com os verdadeiros órgãos de investigação.

Por fim e não menos importante, deve-se chamar atenção para os flagrantes riscos advindos do fato de se dispor/delegar à iniciativa privada a possibilidade de exploração de tecnologia de reconhecimento facial, mesmo que para fins “justificáveis”, uma vez que o controle sobre a real utilização desses dados pessoais – que podem inclusive ser



caracterizados como sensíveis a depender do contexto de captura da imagem ou vídeo – será inexistente ou mínimo, o que pode acabar gerando episódios de divulgação massiva de dados pessoais para fins exclusivamente comerciais ou econômicos, sem o consentimento dos titulares; o que não pode e não deve ser admitido.

Portanto, caso o governo estadual queira efetivamente utilizar o sistema como política de segurança pública, o que deve ser feito com cautela, pois como viu-se esta tecnologia pode ser imprecisa e até mesmo acentuar erros de identificação, deve o Metrô conceder acesso ao seu sistema, em tela estudado, para que os órgãos de investigação estatal possam, com o banco de dados que possui, e que deve permanecer sigiloso, ampliar a efetividade de sua atuação.

Do mesmo modo, é extremamente importante que o Metrô adote todas as medidas exigidas pela LGPD para o tratamento e segurança desses dados – especialmente a requisição de consentimento dos titulares -, de modo a evitar vazamentos indevidos ou mesmo a utilização para outras finalidades, sob pena de incidência nas penalidades previstas pela legislação correspondente.

## REFERÊNCIAS

ABBAS DA SILVA, L.; FRANQUEIRA, B. D.; HARTMANN, I. A. O que os olhos não veem, as câmeras monitoram: reconhecimento facial para segurança pública e regulação na América Latina. *Revista Digital de Direito Administrativo*. [S. l.], v. 8, n. 1, p. 171-204, 2021. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v8i1p171-204. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/173903>. Acesso em 14 fev. 2022.

BARBOSA, Danilo Ricardo Ferreira; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. A coleta e o uso indevido de dados pessoais: um panorama sobre a tutela da privacidade no Brasil e a lei geral de proteção de dados. *RJLB*, ano 5, n. 6, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida: diálogos com David Lyon*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Ed. Zahar, 2001.

BECK, Cesar Augusto Moacyr Rutowitsch; BOFF, Murilo Manzoni; PIAIA, Thami Covatti. Os (ab) usos da tecnologia de reconhecimento facial na segurança pública e na prestação de serviços a partir da pandemia de COVID-19. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo, v. 15, n. 2, ma./ago. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 20 jul 2020.



BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm). Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Câmeras de reconhecimento facial vão ajudar a identificar criminosos no carnaval. *Correio da Bahia*, Salvador, 26 fev. 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/cameras-de-reconhecimento-facial-vao-ajudar-a-identificar-criminosos-no-carnaval/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CONCEIÇÃO, Valdir Silva; NUNES, Edna Maria; ROCHA, Ângela Machado. O Reconhecimento Facial como uma das Vertentes da Inteligência Artificial (IA): um estudo de prospecção tecnológica. *Cadernos de Prospecção*. Salvador, v. 13, n. 3, p. 745-758, junho, 2020.

G1 RIO. *Sistema de reconhecimento facial da PM do RJ falha, e mulher é detida por engano*. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/11/sistema-de-reconhecimento-facial-da-pm-do-rj-falha-e-mulher-e-detida-por-engano.ghtml>. Acesso em 02 jul. 2020.

GAMBA, João Roberto Gorini. *Democracia e tecnologia: impactos da quarta revolução industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LOPES, Marcelo Frulanni. A lei geral de proteção de dados pessoais e o direito de imagem. *JOTA* [online], 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 6, n. 02, e259, jul./dez. 2019. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i02.259>. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259>. Acesso em: 12 jul. 2020.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Alex Lima; CINTRA, Marcos Evandro. Reconhecimento de padrões faciais: Um estudo. In: IFRN. *VII Escolar Potiguar de Computação e suas Aplicações – TI como Fator de Desenvolvimento Regional*. Santa Cruz – RN, 2014. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/aa94/f214bb3e14842e4056fdef834a51aecef39c.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020.

SILVA, Rosane Leal da; SILVA, Fernanda dos Santos Rodrigues da. Reconhecimento facial e segurança pública: os perigos do uso da tecnologia no sistema penal seletivo brasileiro. *Anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede*. UFMS – Universidade Federal de Santa Maria, 2019.

THOMPSON, Isobel. The future of your face. *Life*, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://theface.com/life/the-future-of-your-face>. Acesso em: 12 jul. 2020.

VIANA, Cleiton Correia; CONCEIÇÃO, Valdir Silva; ROCHA, Ângela Machado. Reconhecimento Facial e a Relativização do Direito da Imagem. *REVISTA INGI*. Vol.3, n.3, p.436-450. Jul/Ago/Set, 2019. Disponível em: <http://ingi.api.org.br/index.php/INGI/article/view/50>. Acesso em: 11 jul. 2020.

Data de Recebimento: 20/09/2021.

Data de Aprovação: 17/04/2022.

## UBERIZAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA REESTRUTURAÇÃO DO CAPITALISMO EM DAVID HARVEY

### UBERIZATION: AN ANALYSIS FROM DAVID HARVEY'S RESTRUCTURING OF CAPITALISM

Bruno Almeida de Sousa\*  
Vinícius Pinheiro Marques\*\*

---

#### RESUMO

---

Este artigo analisa as imbricações entre a reestruturação do sistema capitalista e o fenômeno da uberização do trabalho. Para tanto se utiliza da abordagem qualitativa e o método dedutivo para avaliação. O instrumento de coleta de dados foi a revisão bibliográfica e documental adotando como quadro teórico o geógrafo David Harvey. O artigo é dividido em três partes: primeiro diferencia-se a relação de emprego e a relação de trabalho; posteriormente, através da teoria de David Harvey, se discute a reestruturação do capitalismo; e por fim, relaciona as categorias de uberização do trabalho e reestruturação do capitalismo. O argumento do presente estudo é de que com a reestruturação do capitalismo e a culminação na uberização do trabalho, o capital burla o compromisso fordista e as instituições de proteção laborais e desenvolve mecanismos de superexploração do trabalhador. Além disso, argumenta-se pela relação das consequências da acumulação flexível em Harvey na uberização do trabalho.

Palavras-chave: Uberização; Reestruturação do Capitalismo; David Harvey.

---

#### ABSTRACT

---

This paper analyzes the imbrications between the restructuring of the capitalist system and the phenomenon of the uberization of labor. To do so, it uses a qualitative approach and the deductive method for evaluation. The data collection instrument was the literature and document review adopting as theoretical framework the geographer David Harvey. The article is divided into three parts: first it differentiates the employment relationship and the labor relationship; subsequently, through David Harvey's theory it discusses the restructuring of capitalism; and finally, it relates the categories of uberization of labor and restructuring of capitalism. The argument of this study is that with the restructuring of capitalism and the culmination in the uberization of labor, capital circumvents the Fordist compromise and labor protection institutions and develops mechanisms of worker overexploitation. In addition, it is argued for the relationship of the consequences of Harvey's flexible accumulation on the uberization of labor.

Key-words: Uberization; Restructuring of Capitalism; David Harvey.

---

\* Graduando em Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/31111030432988252>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2760-2859>. E-mail: [bruno.asousa@catolica-to.edu.br](mailto:bruno.asousa@catolica-to.edu.br).

\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica) e do Programa de Pós-graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7300803447800440>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1294-8603>. E-mail: [viniciusmarques@uft.edu.br](mailto:viniciusmarques@uft.edu.br).

## INTRODUÇÃO

O sistema capitalista é marcado por diversas fases e no fim de cada estágio surgem crises que dão margem a novas configurações de produção e organização do capital. A partir do modelo fordista, de estrutura rígida e burocrática, o capitalismo se reestrutura para um modelo de acumulação flexível e o fruto dessa recombinação de funcionamento pode ser percebido na flexibilização e nas novas formas de organização do trabalho. Nesse sentido, as formas de prestação da atividade laboral vêm passando por transformações fundamentais. Muito disso provém da inserção tecnológica, e por consequência formas de trabalhar impensáveis no século passado.

Um novo modelo de organização emerge na intermediação de empresas-aplicativo nas relações de trabalho: a uberização. Em meio ao desemprego, aplicativos como Uber, UberEats, Rappi, 99 e iFood tem aumentado cada vez mais o número de trabalhadores sem opção. A magnitude dos trabalhadores de aplicativo chega a quase 4 milhões, as empresas-aplicativo Uber, iFood e Rappi formam juntas o maior conglomerado de contratantes do Brasil, já dados do Instituto Locomotiva apontam que cerca de 17 milhões de pessoas utilizam os aplicativos como forma de renda, contando profissionais liberais, autônomos, e aqueles que utilizam as plataformas para um ganho extra<sup>1</sup>. Baseado na mudança de panorama da lógica do capitalismo e na ascensão de novos modelos de organização do trabalho, este artigo busca analisar as imbricações da reestruturação do capitalismo na uberização das relações de trabalho.

Para perquirir essas imbricações, está pesquisa utiliza a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Na segunda parte utiliza-se do quadro teórico de David Harvey para elucidar as implicações da reestruturação do capitalismo. Além disso, adota o método dedutivo e a abordagem qualitativa para criar as associações entre as categorias.

Essa produção está dividida em três partes: inicialmente através de um diálogo entre autores do âmbito jurídico e sociológico, se diferencia as relações de trabalho e as relações de emprego; posteriormente busca-se compreender a reestruturação do capitalismo à luz da teoria de David Harvey; por fim, é feito um esforço para relacionar as categorias de uberização do trabalho e a reestruturação do capitalismo.

### **Suportes conceituais das relações de trabalho e relações de emprego**

O conceito de trabalho tem significados diferentes a depender da lente e da temporalidade adotada na análise. Pela perspectiva filosófica, a obra marxiana denota trabalho como a essência do homem, isto é, ontologicamente, trabalho é a existência do homem<sup>2</sup>. As diversas origens etimológicas remetem a sentidos diferentes, algumas estão relacionadas a uma ferramenta de imobilização de animais, além de esforço, tarefa, já

<sup>1</sup> GAVRAS, Douglas. *Aplicativos como Uber e iFood são fonte de renda de quase 4 milhões de autônomos*. Estadão. Disponível em: <https://bityli.com/C4MZV>. Acesso em 15 jun. 2021.

<sup>2</sup> SANTOS, Katia. *Trabalho como conceito filosófico*. Revista Filosofia. São Paulo: Editora Scala. Edição, v. 42, 2013.

outras refere-se à prática da tortura. As escrituras bíblicas, por exemplo, também acompanham a natureza punitiva do trabalho, sendo uma consequência do pecado praticado.

Esse sentido desumano é perceptível, em especial, nos contextos históricos do trabalho pré-industrial, como o patriarcado, a escravidão, a servidão e as corporações de ofício, nessas sociedades o trabalho não possuía proteção jurídica. As relações de trabalho começam a evoluir a partir da regulamentação das relações proto-contrato de trabalho, para bem posteriormente se tornarem relações jurídicas trabalhistas. Nessa lógica, pode-se falar em formas contemporâneas de organização de produção e de trabalho, como os sistemas de produção taylorista, fordista e toyotista que modificaram as formas de trabalho e emprego.

À primeira vista as nomenclaturas de trabalho e emprego podem parecer sinônimos do mesmo instituto, porém no Direito do Trabalho esses termos carregam consigo uma diferenciação. O que ocorre é que as relações de trabalho e as relações de emprego são modalidades de relações jurídicas e se particularizam pela primeira possuir status de gênero, e a segunda, por sua vez, se apresentar como espécie. Portanto, as relações de trabalho englobam as relações de emprego.

As relações de trabalho correspondem ao universo de modalidades de relações jurídicas na esfera justrabalhista. De forma mais característica, Delgado<sup>3</sup> elucida que a relação de trabalho compreende uma obrigação de fazer unida ao labor humano, é então um vínculo jurídico que tem como cerne a atividade de uma pessoa. O espectro da relação de trabalho comporta de maneira exemplificativa, o trabalho autônomo, o trabalho eventual, o trabalho voluntário, o trabalho avulso, o estágio e a própria relação de emprego.

A relação de emprego é uma relação jurídica de bilateralidade, desta forma, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) traz consigo a definição de empregado. O art. 3º da CLT estabelece o conceito de empregado como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”<sup>4</sup>. Logo, para a caracterização de uma relação empregatícia é necessário a presença de cinco requisitos: a pessoa física, a pessoalidade, a habitualidade ou não eventualidade, a subordinação e a onerosidade.

Da mesma forma, a CLT dispõe também os elementos para definição de empregador. No diploma trabalhista, o empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. A partir dessas definições, Delgado<sup>5</sup> constata que a junção desses elementos fático-jurídicos, tanto empregado como empregador, numa relação socioeconômica solidifica a relação de emprego de maneira juridicamente caracterizada. A ausência de algum dos elementos fático-jurídicos deixa de qualificar a relação de emprego, transfigurando-se em outra modalidade das relações de trabalho.

<sup>3</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://bitly.com/WmnnS>. Acesso em 11 nov. 2020.

<sup>5</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*

O primeiro pressuposto para a caracterização da relação empregatícia é a prestação dos serviços por uma pessoa física, isso significa a exclusão de pessoas jurídicas. Isso acontece porque a proteção juslaboral recai sobre o trabalhador como ser humano e na energia despendida no desenvolvimento do trabalho, desta forma, os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho são relevantes apenas para a pessoa física, não podendo ser gozados por pessoas jurídicas<sup>67</sup>. Nesse sentido, surge o fenômeno da “pejotização”, um desvio da realidade fático-jurídica que mascara uma relação de emprego numa relação de trabalho, suprimindo os direitos trabalhistas da pessoa física.

Na relação contratual de “pejotização”, o empregado constitui uma personalidade jurídica através de um CNPJ (Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica) para, com isso, prestar serviços ao empregador de modo autônomo. As vantagens ao empregador são inúmeras, conforme apontam Barbosa e Orbem<sup>8</sup>, a empresa se dispensa do pagamento de encargos trabalhistas e fiscais, contando ainda com uma prestação de serviço ininterrupta, haja vista que o “pejota” não possui direito a férias, por outro lado, o empregado arca com a manutenção da pessoa jurídica. Logo, existe uma transferência de obrigações, tendo a parte hipossuficiente da relação de emprego que suportar as responsabilidades da pessoa jurídica.

Não basta a pessoa física na caracterização da relação de emprego, outro requisito é a pessoalidade. A relação de emprego é “*intuitu personae*”, isto é, a prestação de serviço tem caráter personalíssimo ou infungível, não podendo o empregado transferir nem substituir suas obrigações para outra pessoa, exceto em casos especiais que exigem a anuência do empregador admitir a substituição. Isso acontece porque na celebração do contrato de trabalho, o empregado coloca sua energia pessoal à disposição do empregador, e com a substituição por outro, a quantidade, a qualidade e a modalidade de energia disposta difere<sup>9</sup>.

Outro elemento fático-jurídico que integra a relação de emprego é a habitualidade ou não eventualidade. A prestação deve ter caráter não eventual, é necessária uma continuidade, excluindo, assim, trabalhos prestados ocasionalmente. Nesse sentido, a CLT não adota expressão trabalho cotidiano ou mesmo diário, mas reforça a repetição e habitualidade da relação de emprego. Desta forma, basta que o empregado trabalhe uma ou duas vezes por semana no mesmo horário para a caracterização da não eventualidade, porque na relação de emprego o contrato tem efeito de trato sucessivo, ou seja, que não se encerra numa única prestação<sup>10</sup>. Logo fica de fora, como o próprio nome denota, o trabalho eventual, sendo este englobado pela relação de trabalho.

A onerosidade, por seu turno, é a contrapartida econômica referente a força de trabalho do empregado. A relação de emprego tem fundo essencialmente econômico

<sup>6</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

<sup>7</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>8</sup> BARBOSA, Attila Magno e Silva; ORBEM, Juliani Veronezi. “Pejotização”: precarização das relações de trabalho, das relações sociais e das relações humanas. *Revista eletrônica do curso de direito da UFSM*, v. 10, n. 2, p. 839-859, 2015. Disponível em: <https://bitly.com/OG2ys>. Acesso em 09 mar. 2021.

<sup>9</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

<sup>10</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.



simbolizado pelo salário. Nascimento<sup>11</sup> explica que o salário na relação de emprego, transfere integralmente a propriedade dos produtos confeccionados, conceito este que é denominado alienação. A onerosidade do contrato de trabalho é a cessão dos direitos do produto e o pagamento do salário, em suma, a consubstanciação de uma relação de bilateralidade fundamentalmente econômica.

Analisando as intersecções do Direito do Trabalho e a obra marxiana, Souto Maior<sup>12</sup> discorda da definição regular imposta pela doutrina laboral. O salário seria o valor pago pelo trabalho prestado amparado pelas formas jurídicas, de modo a garantir a reprodução do capital, de forma contrária, o salário justo seria o valor da própria mercadoria produzida, impedindo a reprodução do capital e por consequência a subsistência do sistema capitalista<sup>13</sup>.

Por fim, a subordinação, conforme Delgado<sup>14</sup> consiste "na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços". O autor ainda explica que a subordinação está intimamente ligada à relação entre empregado e empregador, onde o empregado acolhe o direcionamento objetivo do empregador para a efetivação da prestação de trabalho. Nesse contexto, o trabalhador autônomo não possui vínculo empregatício, haja vista que não possui direcionamento objetivo do contratante.

Mallet<sup>15</sup> ilustra que existem indícios para a configuração da subordinação em sentido estrito, são eles, a sujeição ao horário de trabalho, a forma de remuneração, o local de prestação laboral, a propriedade dos equipamentos de trabalho e, a mais relevante, a emissão de ordens diretivas. Os indícios da caracterização são relativos e devem ser analisados casuisticamente, em casos em que a intensidade intelectual é preponderante, existe a tendência a menor subordinação, sendo esse fenômeno inversamente proporcional, em casos de intensidade física predominante prevalece a maior subordinação do trabalhador.

A partir das concepções de subordinação a doutrina italiana formulou o conceito de parassubordinação. O trabalho parassubordinado é a convergência - mesmo sendo conceitos opostos - entre a autonomia e a subordinação, tendendo para a coordenação no lugar de subordinação<sup>16</sup>. A parassubordinação é uma espécie de limbo trabalhista, não abrangendo as formas tradicionais de trabalho, mas englobando as novas formas de organização do trabalho flexível que não possuem limites de subordinação tão definidos.

---

<sup>11</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*

<sup>12</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Um conceito marxista de salário. *Germinal: Marxismo e Educação em Debate*, v. 6, n. 2, p. 95-109, 2014. Disponível em: <https://bitly.com/Rgujs>. Acesso em 30 Mar. 2021

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 349.

<sup>15</sup> MALLET, Estevão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 106, n. 106-107, p. 217-245, 2012. Disponível em: <https://bitly.com/72Hij>. Acesso em 22 mar. 2021.

<sup>16</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*

A proteção trabalhista nas relações parassubordinadas é inferior àquelas que detêm uma relação de subordinação. Nesse sentido, para Souto Maior<sup>17</sup> o capital, assimilando as vulnerabilidades dos direitos trabalhistas, tende a transferir os empregados para uma situação de parassubordinação. Ainda conforme o autor, a parassubordinação associa-se a uma lógica de destruição dos parâmetros sociais essenciais, além de não ter utilidade jurídica para o Direito Social, é empregado para a legitimação de práticas reducionistas do direito laboral.

O preenchimento dos requisitos fático-jurídicos da relação de emprego proporciona uma série de benefícios ao empregado. A relação de emprego confere ao empregado a jornada de trabalho limitada, o pagamento de horas extras, o 13º salário, as férias remuneradas, o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o descanso semanal remunerado, o seguro-desemprego, o adicional noturno, a licença-maternidade, a licença-paternidade, o aviso prévio, as verbas rescisórias, reajuste salarial, entre outros. Sendo a totalidade desses benefícios não logrados pelas outras modalidades de relações de trabalho.

Nas relações de trabalho o trabalhador é a parte hipossuficiente da relação jurídica, em outros termos, o Direito do Trabalho tem como parâmetro norteador o princípio da proteção, as demais garantias se desdobram a partir dele, isso se concretiza no artigo 7º da Constituição Federal que dispõe sobre os direitos dos trabalhadores para a melhoria das condições sociais. O princípio da proteção é a *ratio* axiológica do Direito do Trabalho estando intimamente ligado ao princípio da dignidade humana<sup>18</sup>. Assim, a proteção justralhista é necessária para o equilíbrio entre o capital e o trabalhador, isto é, entre o empregado e o empregador. Nesse sentido, a proteção da dinâmica entre o capital e o trabalhador é resultado, sobretudo, do compromisso fordista que será abordado no próximo tópico.

### **A reestruturação do capitalismo na perspectiva de David Harvey**

David Harvey (1935-) é um geógrafo britânico que dentre suas produções podem-se destacar a “A condição pós-moderna” (1989), “O novo imperialismo” (2003), “Os limites do Capital” (2006), “17 Contradições e o Fim do Capitalismo” (2014) e mais recentemente “A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI” (2017). Através de um viés marxista, as obras de Harvey miram em problemas de natureza geográfica, mas que também proporcionam interpretar o capitalismo, os ciclos de acumulação, além de suas características, efeitos e rupturas. Para assimilar a reestruturação do capitalismo em Harvey é imprescindível compreender os regimes de

---

<sup>17</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 48, n. 78, p. 157-193, 2008. Disponível em: <https://bitly.com/JltDY>. Acesso em 09 mar. 2021.

<sup>18</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, SP, n. 27, p. 85-105, 2005. Disponível em: <https://bitly.com/pBeCM>. Acesso em 03 mar. 2021.

acumulação e modo de regulamentação, o sistema fordista e sua crise, e baseado nesses conceitos, pensar nas modificações do capital para uma acumulação flexível.

O capitalismo é um sistema de acumulação de riquezas que contém, a depender da marcação no tempo e espaço, regimes de acumulação próprios. A partir das elaborações da Escola Francesa de Regulamentação, Lipietz<sup>19</sup> afirma que um regime de acumulação consiste na estabilização do consumo e da acumulação resultado da relação entre as transformações das condições de produção e das condições de reprodução dos assalariados. Desta maneira, um sistema de acumulação estável se manifesta majoritariamente com as modificações conjuntas dos meios de produção e de organização do trabalho. Essas modificações são proporcionadas pela unidade de normas, hábitos, leis e redes de regulamentação<sup>20</sup>.

Para a permanência de determinado sistema de acumulação, um esquema de reprodução coerente é fundamental. Contudo, contrária a essa reprodução opõe-se uma dificuldade: o modo de regulamentação<sup>21</sup>, ou seja, a adaptação do comportamento dos indivíduos através da internalização de regras e processos sociais<sup>22</sup>. A lógica comportamental adotada está intimamente ligada a uma regulamentação que toca nas esferas sociais, econômicas e políticas. Logo, para a manutenção de um sistema de acumulação consistente é necessário um conglomerado de fatores que, juntos, permitem a reprodução do capital. Neste seguimento, no sistema fordista, o modo de regulamentação é expresso, em especial, pelo consumo em massa.

Nesse sentido, o argumento de Harvey<sup>23</sup> é que a reestruturação do capitalismo decorre de uma série de transformações políticas e econômicas, de reconfiguração geopolítica, das mudanças das relações do poder do Estado e dos meios de produção, hábitos de consumo e formas de organização do trabalho. Ou seja, a reestruturação do capitalismo apresentada por Harvey é a modificação não apenas do regime de acumulação, mas também do modo de regulamentação. As transformações da reestruturação do capitalismo possibilitaram a alteração de um sistema de acumulação e produção inflexível (fordismo) para um sistema de acumulação flexível caracterizado pelas adaptações das configurações das conjunturas de consumo. Isso não significa dizer que o modelo de produção fordista foi completamente substituído, mas que com seu declínio, surgiram novas formas de organização de produção e de trabalho.

O fordismo, idealizado por Henry Ford, diz respeito a uma estrutura produtiva centrada na produção em massa homogeneizada com um esquema de acumulação rígida e burocrática. Em suma, o sistema fordista se apresenta como um taylorismo<sup>24</sup> aprimorado ou mecanizado sendo possibilitado por um “conjunto de práticas de controle

---

<sup>19</sup> LIPIETZ, Alain. *Mirages and Miracles: The Crises of Global Fordism*. London: Verso, 1987.

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 19. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

<sup>22</sup> LIPIETZ, Alain. *Op. cit.*

<sup>23</sup> HARVEY, David. *Op. cit.*

<sup>24</sup> O taylorismo se baseia na especialização e racionalização do trabalho através de métodos científicos que proporcionam a intensificação do controle de trabalho e a divisão entre a execução e a concepção (RIBEIRO. *Op. cit.*).

do trabalho, tecnologias, hábitos de consumo e configurações de poder político-econômico”<sup>25</sup>. Em cada país que o sistema fordista foi adotado, apresentaram-se modos de regulamentação próprios e experiências diferentes de crescimento. Os Estados Unidos foram os pioneiros na implementação do sistema fordista e se destacam pelo êxito em harmonizar um esquema de reprodução coerente, alcançado graças ao compromisso fordista.

Baseado no equilíbrio entre burguesia e o proletariado, o compromisso fordista tinha como intermediários, respectivamente, o Estado de um lado, responsável pelos interesses do capital e as organizações sindicais e políticas do movimento operário do outro<sup>26</sup>. O capital garantiria seus lucros ao passo que também elevasse o padrão de vida; já o Estado estaria incumbido de controlar os ciclos econômicos através de investimento público e promover os direitos sociais<sup>27</sup>. Nesse sentido, o proletariado aceita a dominação do capital sobre o processo de trabalho e renuncia à possibilidade de revolução em troca da seguridade social, isto é, assistência social, estabilidade nos empregos, redução de tempo de trabalho e uma série de outros direitos sociais<sup>28</sup>.

Esses direitos, encarregados pela legislação social do Estado, perpassam o estabelecimento de salário-mínimo e reajustes; a instituição de práticas de negociação coletiva e a garantia de benefícios sociais (previdência social, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, seguro-desemprego, entre outros). Isso significa que o proletariado aumenta praticamente e ideologicamente sua dependência com o Estado, vislumbrando um garantidor do bem-estar da coletividade, revertendo-se ao fetichismo do Estado e a ideais democráticos ilusórios<sup>29</sup>. As responsabilidades determinadas no compromisso fordista foram necessárias para a coesão e continuidade do regime de acumulação.

O trabalhador fordista foi disciplinado a um método de produção específico acarretando, assim, uma maior produção. Com a produção de produtos em massa e a implementação da linha de montagem, o trabalhador permanece estático, pois seu objeto de trabalho é colocado num mecanismo que percorre a fábrica, desde o começo com a matéria-prima até os estágios finais, diminuindo movimentos desnecessários<sup>30</sup><sup>31</sup>, com isso Ford avançou aspectos da organização do trabalho em relação ao taylorismo, e maximizou a produtividade<sup>32</sup>.

A organização do trabalho disciplinar no fordismo, particularmente, a alta especialização, transformaram o trabalhador em um sujeito alienado. O trabalhador

<sup>25</sup> HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 119.

<sup>26</sup> BIRH, Alain. O compromisso fordista. In: BIRH, Alain. *Da grande noite à alternativa: o movimento operário europeu em crise*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 1998. p. 35-49.

<sup>27</sup> HARVEY, David. *Op. cit.*

<sup>28</sup> BIRH, Alain. *Op. cit.*

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> PINTO, Geraldo Augusto. *A organização do trabalho no século XX: taylorismo, fordismo e toyotismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

<sup>31</sup> TENÓRIO, Fernando G. A unidade dos contrários: Fordismo e pós-Fordismo. *Revista de Administração Pública*, v. 45, n. 4, p. 1141-1172, 2011. Disponível em: <<https://bitly.com/jzuhs>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

<sup>32</sup> HARVEY, David. *Op. cit.*

fordista desempenha sua prestação laboral de forma tão repetitiva e limitada que se converte numa extensão da máquina. Nesse sentido, o trabalhador não consegue conceber a totalidade da produção, apenas vislumbra um aspecto do processo<sup>33</sup>.

No sistema fordista, a produção em massa tinha como finalidade o consumo em massa, a ideia era popularizar os produtos e atingir classes mais baixas. Segundo Pinto<sup>34</sup>, o fordismo tinha como fundamento a padronização e fabricação dos produtos em larga escala com os custos da produção menores e possibilitando um consumo maior. Logo, a economia do modo de organização fordista era de escala e, por consequência, marcada por grandes estoques.

Harvey<sup>35</sup> acrescenta que além da padronização e o consumo em massa, o sistema fordista “implicava em uma nova estética e mercadificação da cultura”, ou seja, para o autor, o fordismo se apresenta sobretudo como um “modo de vida total”. De forma mais específica ele elucida que a:

produção em massa significa consumo de massa, um novo sistema de reprodução da força de trabalho, uma nova política de controle e gerência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista<sup>36</sup>.

A produção em massa implica em uma reformulação dos padrões de consumo. Essa configuração de produção de bens de consumo mais duráveis, alinhada a uma superprodução e aumento do estoque, conjugada a um baixo crescimento e uma série de outros fatores político-econômicos causaram o início do colapso do fordismo nos anos de 1970. Alguns fatores que podem explicar a derrocada do padrão fordista são (i) o aumento do preço do petróleo e as instabilidades do dólar; (ii) bem como a rigidez do padrão fordista incompatível com as novas condições do mercado que prezavam por flexibilidade<sup>37</sup>; (iii) a inserção tecnológica; (iv) as fusões das empresas; (v) o crescimento do setor de serviços; (vi) o aumento do preço da força de trabalho e (vii) as lutas sociais; (viii) a retração do consumo; (ix) a ascensão do desemprego estrutural e (x) a crise no Estado de bem-estar social<sup>383940</sup>.

A partir desse contexto, as décadas de 70 e 80 tornaram-se palco para a reestruturação do capitalismo e suas engrenagens. Novas formas de produção e de organização do trabalho<sup>41</sup> surgem e se destaca o sistema de produção toyotista. Desenvolvido por Taiichi Ohno e implementado na empresa automobilística *Toyota Motor*

<sup>33</sup> PINTO, Geraldo Augusto. *Op. cit.*

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 121.

<sup>37</sup> O mercado começa a prezar pela flexibilização da produção obtida no padrão toyotista de produção e em outras empresas flexíveis.

<sup>38</sup> HARVEY, David. *Op. cit.*

<sup>39</sup> PINTO, Geraldo Augusto. *Op. cit.*

<sup>40</sup> ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

<sup>41</sup> Faria (1995) destaca três modelos de produção e organização do trabalho: a experiência sueca (volvismo); a experiência italiana (especialização flexível) e o modelo japonês (toyotismo). O modelo japonês é, dentre os modelos de produção e organização pós-fordista, o que mais se destaca.



*Company*, esse modelo de produção tinha como fundamento uma produção por demanda (*just-in-time*), sem estoques ou desperdício, num sentido diametralmente oposto ao modelo fordista. A produção toyotista era mais rápida e precisa com foco no produto principal, isso foi possível graças à desverticalização e subcontratação de empresas (terceirização) que forneciam produtos e atividades<sup>42</sup>, proporcionando uma superação da rigidez fordista, ao passo que permitiu também uma inovação dos produtos mais rapidamente, alcançando nichos de mercados mais especializados e de pequena escala.

Faria<sup>43</sup> diferencia o modelo japonês em dois: as pequenas e médias empresas e as grandes corporações. As primeiras formam a base da rede de subcontratação, não há a concepção de “emprego vitalício; há menor qualificação da mão de obra, condições precárias de trabalho assim como contratos irregulares e de trabalho ocasional e/ou parcial, com padrões salariais muito mais baixos que os vigentes nas grandes corporações”<sup>44</sup>. Contrária a essa lógica, as grandes corporações se baseiam no

emprego vitalício; mão de obra qualificada, organização do trabalho baseada na gestão da qualidade total e participativa no sentido de envolver o trabalhador na busca por produtividade, redução de custos e qualidade a fim de obter produtos diferenciados e de alta qualidade no mercado; níveis salariais mais condizentes com as funções assumidas; e um sindicalismo de empresa como elemento chave de colaboração para neutralizar qualquer reação e oposição mais organizada dos trabalhadores<sup>45</sup>.

Outra característica intrínseca a essa estrutura produtiva, refere-se à multifuncionalidade ou polivalência dos trabalhadores, além da artificialização do trabalho. Enquanto os trabalhadores fordistas tinham uma noção fragmentada do processo de produção, a multifuncionalidade exigida pelo sistema toyotista o permitia contemplar e conhecer diversas partes do processo, que resultava num ganho de produtividade<sup>46</sup>. Essas modificações na produção e organização do trabalho romperam o modelo anterior, tornando-o mais flexível e aumentando o desemprego e a terceirização do trabalho, além de minorar os direitos trabalhistas.

Nesse sentido, Antunes<sup>47</sup> afirma que o capital provocou as transformações no processo produtivo “por meio da constituição das formas de acumulação flexível [...], das formas de gestão organizacional, do avanço tecnológico, dos modelos alternativos ao binômio taylorismo/fordismo, [...] especialmente o toyotismo”. De forma antagônica ao rígido regime fordista, a acumulação flexível se consolida através de, como o próprio nome denota, sua flexibilidade. Nessa perspectiva, Harvey clarifica a acumulação flexível:

A acumulação flexível, como vou chamá-la, é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo.

<sup>42</sup> PINTO, Geraldo Augusto. *Op. cit*

<sup>43</sup> FARIA, Maria da Graça Druck de. *Terceirização: (des) fordizando a fábrica, um estudo de complexo petroquímico da Bahia*. 1995. 271 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1995. Disponível em: <<https://bitly.com/y3SgB>> Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>44</sup> FARIA, Maria da Graça Druck de. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> PINTO, Geraldo Augusto. *Op. cit*

<sup>47</sup> ANTUNES, Ricardo. *Op. cit.*, p. 49.



Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional.<sup>48</sup>

A acumulação flexível é possibilitada pelo que Harvey chama de “organização na dispersão”<sup>49</sup>. As modificações proporcionadas pela reestruturação resultam em uma disseminação e adequação do capitalismo a formas de produção fugazes e organizações de trabalho, contrárias às formais, que tendem a flexibilizar e precarizar a prestação laboral.

As consequências da acumulação flexível, na esfera dos mercados e consumo estão relacionadas a uma estética marcada pela diferença, a efemeridade, o espetáculo, a moda e mercadificação de formas culturais<sup>50</sup>. Isso acontece pela transferência das necessidades do capital para produção em áreas especializadas que o sistema fordista - economia de escala - não contemplava, por esse motivo a produção, na acumulação flexível, alcança “ninhos de mercado altamente especializados e de pequena escala”<sup>51</sup>. Acompanhando a alta especialização do mercado e a padrões de consumo rápido, o consumo é exacerbado pela inovação contínua das mercadorias e da obsolescência dos produtos.

Além disso, com a tentativa da reestruturação do capitalismo de recuperar os ciclos de reprodução, acaba por afetar o trabalho. As modificações desembocam em desemprego estrutural, achatamento salarial, a redução do emprego regular e a ascensão de novas formas de trabalho, crescimento do setor de serviços e retrocesso no poder sindical<sup>52</sup>. Os indícios demonstrados por Harvey apontavam para a uma excepcionalização do trabalho formal e a ascensão de modos de trabalho mais flexíveis. Atualmente, dentro dessas consequências, pode-se inserir também uma nova forma de organização do trabalho: a uberização.

### **Uberização e a reestruturação do capitalismo**

No âmbito global, o trabalho vem passando por profundas transformações, afetando trabalhadores e a forma de prestação da atividade laboral. O estabelecimento das tecnologias no ambiente de trabalho, a reestruturação do capitalismo, o desemprego estrutural, a precarização dos direitos do trabalho com as diversas reformas, a guinada neoliberal, a datatificação, a financeirização, crescimento de novas formas de organização

---

<sup>48</sup> HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 140.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Idem*, p. 148.

<sup>52</sup> *Idem.*

do trabalho são elementos medulares nas metamorfoses do labor<sup>5354555657</sup>. Essas modificações reverberam inclusive no Direito do Trabalho trazendo novos desafios às estruturas normativas e a interpretação judicial.

A literatura nomeia de diversas formas os novos fenômenos de organização do trabalho. As categorias são diversas, por exemplo, a *gig economy* ou economia dos bicos, o capitalismo digital, o capitalismo de plataforma, a plataformização do trabalho, a economia de plataforma, a economia do compartilhamento, o trabalho sob demanda, o *crowdwork*, o trabalho digital, a indústria 4.0 e a uberização são conceitos que dialogam sobre as mudanças do trabalho. Contudo, não possui idoneidade para isoladamente categorizar totalmente essas transformações, pois, se apresentam como fragmentos específicos do recente ecossistema laboral. A tentativa de nomear e caracterizar esses fenômenos demonstra como as recentes formas de organização do trabalho são um campo em disputa, nesse sentido adotamos nessa produção o termo uberização.

O neologismo uberização origina-se na empresa de transportes privados Uber Technologies Inc., contudo mesmo sendo um expoente do fenômeno, as implicações da uberização do trabalho não se restringem a multinacional americana. A uberização do trabalho é, segundo Abílio<sup>58</sup>, uma forma de organização, gerenciamento e controle do trabalho, onde empresas-aplicativo funcionam como intermediárias de trabalhadores e consumidores numa prestação de serviço mediada por plataformas digitais<sup>59</sup>. De Stefano<sup>60</sup> adota a nomenclatura trabalho sob demanda por meio de aplicativos (*work on-demand via app*) para caracterizar a prestação de serviço que ocorre através de ofertas e demandas online executadas localmente. No espectro de empresas-aplicativo, os serviços mais notáveis são os de transporte privado (Uber, 99, Cabify) e de delivery (UberEats, iFood, Rappi), além de serviços de limpeza, administrativos e jurídicos, porém importante salientar a facilidade de enquadramento de novos setores em plataformas digitais.

A relação de trabalho na uberização inicia-se com a adesão do trabalhador. Nesse modo de organização do trabalho não existe contrato de trabalho, demissão, processo seletivo, envio de currículos, é necessário apenas aceitar os termos de adesão<sup>61</sup>. Assim, o

<sup>53</sup> ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? *Estudos Avançados*, v. 34, n. 98, p. 111–126, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/1bktn>. Acesso em 13 nov. 2020.

<sup>54</sup> ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020a.

<sup>55</sup> FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. *Marx e o Marxismo*, v. 5, n. 8, p. 45–66, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/tUu5q>. Acesso em 13 nov. 2020.

<sup>56</sup> HARVEY, David. *Op. cit.*

<sup>57</sup> GROHMANN, Rafael. Plataformização do trabalho: entre dataficação, financeirização e racionalidade neoliberal. *Revista Eptic*, v. 22, n. 1, p. 106-122, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/UPjwy>. Acesso em 13 nov. 2020.

<sup>58</sup> ABÍLIO, Ludmila Costhek. *Op. cit.*

<sup>59</sup> De acordo com Oliveira *et al.* (2020, p. 2622) as plataformas digitais são “modelos de negócio baseados em infraestruturas digitais que possibilitam a interação de dois ou mais grupos tendo como objeto principal o trabalho intensivo, sempre considerando como plataforma não a natureza do serviço prestado pela empresa, mas sim o método, exclusivo ou conjugado, para a realização do negócio empresarial”.

<sup>60</sup> DE STEFANO, Valerio. The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”. *Conditions of Work and Employment Series*, Geneva, n.71, 2016. p. 11–22. Disponível em: <https://bitly.com/geSRW>. Acesso em 09 jun. 2021.

<sup>61</sup> ABÍLIO, Ludmila Costhek. *Op. cit.*

trabalho uberizado se assemelha ao trabalho intermitente<sup>62</sup>, pois, em ambos os trabalhadores são contratados de forma esporádica, não possuindo uma continuidade da relação de trabalho, criando, desta maneira, uma relação jurídica frágil. Fontes<sup>63</sup> afirma que:

Essas iniciativas não acabam com o trabalho, mas aceleram a transformação da relação empregatícia (com direitos) em trabalho isolado e diretamente subordinado ao capital, sem mediação contratual e desprovido de direitos. Antes como depois, o interesse central do capital prossegue sendo a extração e a captura do mais-valor.

No capitalismo digital ou informacional, o processo de uberização está intimamente ligado à precarização do trabalho, bem como a eliminação dos estorvos na relação laboral. O trabalhador uberizado opera através de um autogerenciamento subordinado<sup>64</sup>, isto é, tem poder de tomar decisões, mas ainda está vinculado às demandas do aplicativo. Dessa maneira, não apenas o modo de produção da acumulação flexível é *just-in-time*, como também o trabalhador opera através dessa lógica, sendo utilizado na exata medida da demanda<sup>65</sup>.

Diferente do período fordista, esse meio de organização do trabalho oferece ao trabalhador liberdade em relação à subordinação rígida<sup>67</sup>, o que torna a visualização desse elemento mais complexa. Entretanto, a liberdade concedida pela plataforma alcança apenas a possibilidade de ligar e desligar o aplicativo, na verdade, esse modelo de trabalho opera através de metas, regras e resultados<sup>68</sup>. Assim, a plataforma utiliza-se de diversos métodos para a direção, controle e supervisão dos trabalhadores<sup>69</sup>, se valendo para isso do cruzamento de dados e algoritmos para regular a prestação laboral, criando o que Amorim e Moda<sup>70</sup> chamam de gerenciamento algorítmico ou a nomenclatura de Griesbach

---

<sup>62</sup> ANTUNES, Ricardo. Trabalho intermitente e uberização do trabalho no limiar da Indústria 4.0. In: ANTUNES, Ricardo. *Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020b.

<sup>63</sup> FONTES, Virgínia. *Op. cit.*

<sup>64</sup> ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, v. 18, n. 3, p. 1-11, 2019. Disponível em: <<https://bitly.com/JVv5js>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

<sup>65</sup> DE STEFANO, Valerio. *Op. cit.*

<sup>66</sup> ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? *Estudos Avançados*, v. 34, n. 98, p. 111-126, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/1bktn>. Acesso em 13 nov. 2020.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 4, p. 2609-2634, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/TiJFd>. Acesso em 15 jun. 2021.

<sup>68</sup> OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. *Op. cit.*

<sup>70</sup> AMORIM, Henrique; MODA, Felipe Bruner. Trabalho por aplicativo: gerenciamento algorítmico e condições de trabalho dos motoristas da Uber. *Fronteiras-estudos midiáticos*, v. 22, n. 1, p. 59-71, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/6yElR>. Acesso em 13 nov. 2020.

et al.<sup>71</sup> de despotismo algorítmico para formas de controle e gerenciamento são mais rígidas.

Além da relação empresa-aplicativo e trabalhador, um terceiro integrante surge: o consumidor (que também integram a multidão do *crowdsourcing*). Os parâmetros definidos pelos consumidores-usuários são mecanismos de vigilância e de aumento de produtividade, pois, são utilizados para ranqueamento e estímulo de concorrência entre os trabalhadores uberizados<sup>72</sup>. As avaliações dos consumidores são uma importante forma de alimentação de dados e por consequência na gestão algorítmica dos trabalhadores. Com esse tipo de controle dos consumidores-usuários nas mãos, uma avaliação tendenciosa pode afetar a permanência na plataforma e demandas futuras dos trabalhadores<sup>73</sup>.

A liberdade no gerenciamento em aceitar ou recusar determinada demanda proposta pela plataforma não significa perda de produtividade, pelo contrário, sem perspectiva de carga de trabalho e remuneração, o trabalhador precisa criar estratégias para intensificar o trabalho e garantir uma lucratividade maior, desta forma, os riscos e custos de sua sobrevivência são transferidos para o trabalhador<sup>74</sup>. A transferência de riscos se traduz em uma nova gramática de superexploração do trabalhador, onde o capital ou no caso, as empresas-plataformas através de uma narrativa de mera intermediadora, deixa de prover não só a forma da prestação e condições de trabalho, mas também os meios para a prestação laboral. Nesse sentido, Franco e Ferraz<sup>75</sup> explicam que:

O capitalista adianta seu capital na aquisição dos meios de produção digitais, o que envolve tanto capital fixo quanto capital circulante. Por sua vez, o trabalhador necessita, como já dito, ingressar na relação trabalhista possuindo os meios de produção vinculados à efetivação do trabalho fora do meio digital. O que seria capital adiantado para, por exemplo, ser materializado em uma frota de carros, não é mais necessário ser desembolsado pelo capitalista. Nem mesmo a manutenção dos meios de produção do trabalho não digital necessita ser considerado no capital adiantado pelo capitalista, isso porque cabe ao trabalhador cuidar da manutenção dos (seus) meios de produção.

Além da subordinação, outros aspectos podem ser percebidos na relação entre o fordismo e a uberização. Isso pode ser elucidado, por exemplo, na forma como os requisitos fático-jurídicos (subordinação, onerosidade, pessoa física, personalidade e habitualidade) presentes na relação de emprego da CLT decorrem, em especial, do compromisso fordista, que tinha como principal função regulamentar um modo de produção majoritariamente fabril. Dessa forma, o fenômeno da uberização, enquanto processo de organização do trabalho, não é contemplada pela relação de emprego, e por

<sup>71</sup> GRIESBACH, Kathleen; REICH, Adam; ELLIOTT-NEGRI, Luke; MILKMAN, Ruth. Algorithmic Control in Platform Food Delivery Work. *Socius: Sociological Research for a Dynamic World*, v. 5, p. 1-15, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/V4Wzr>. Acesso em 15 jun. 2021.

<sup>72</sup> ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? *Estudos Avançados*, v. 34, n. 98, p. 111-126, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/1bktn>. Acesso em 13 nov. 2020.

<sup>73</sup> DE STEFANO, Valerio. *Op. cit.*

<sup>74</sup> ABÍLIO, Ludmila Costhek. *Op. cit.*

<sup>75</sup> FRANCO, David Silva; Ferraz, Deise Luiza da Silva. Uberização do trabalho e acumulação capitalista. *Cadernos EBAPE.BR*, v. 17, p. 844-856, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/GTJ0C>. Acesso em 13 nov. 2020.

diversas vezes os tribunais superiores inviabilizaram a relação de emprego num contexto de intermediação por aplicativos.

Nos tribunais superiores, a discussão sobre a uberização do trabalho iniciou em 2019 com o Conflito de Competência n.º 164.544 - MG no Superior Tribunal de Justiça (STJ). O conflito tinha por objeto a declaração da competência entre a Justiça Estadual Comum e o Juízo Trabalhista sobre a natureza da relação entre um motorista de aplicativo e a empresa-aplicativo Uber. No julgamento o relator, o Ministro Moura Ribeiro decide pela negativa do vínculo empregatício e a declaração da competência para a Justiça Estadual Comum. A decisão tinha como sustentáculo a interpretação pela ausência dos requisitos fático-jurídicos da relação de emprego com a concepção de trabalhadores que atuam como empreendedores individuais na economia compartilhada<sup>76</sup>.

No ano seguinte a temática retorna aos tribunais superiores, entretanto desta vez no Tribunal Superior do Trabalho (TST), com o Agravo de Instrumento de Recurso de Revista n.º 10575-88.2019.5.03.0003 e o Recurso de Revista n.º 1000123-89.2017.5.02.0038. De forma mais específica que o STJ, o TST foi contundente sobre o afastamento do vínculo empregatício entre motoristas e a empresa. O argumento central para rejeição de ambos os pedidos foi a incompatibilidade da natureza da relação com a subordinação jurídica. Segundo os relatores, a liberdade na plataforma e o estabelecimento de critérios de trabalho e jornada mínimos, além da possibilidade de estar “*off-line*” impedem a configuração da subordinação<sup>77</sup>.

O julgamento mais recente em um tribunal superior sobre a possibilidade de vínculo entre motoristas e a plataforma é o Recurso de Revista n.º 10555-54.2019.5.03.0179. A interpretação do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho no caso foi pelo não reconhecimento de vínculo seguindo o posicionamento reiterado da ausência de subordinação jurídica<sup>78</sup>. Mesmo contrárias ao deferimento do vínculo empregatício nos casos citados acima, os Tribunais Superiores têm um posicionamento homogêneo sobre a necessidade de uma legislação específica para a regulamentação das relações entre plataformas e trabalhadores.

Os posicionamentos jurisprudenciais demonstram a rigidez da CLT, em especial na subordinação jurídica, em abarcar novas modalidades de prestação de trabalho como relações de emprego. Além disso, a rigidez da norma trabalhista demonstra que o capitalismo se aperfeiçoa cada vez mais e burla os próprios compromissos que ele mesmo instituiu no sistema fordista de seguridade social e criação de empregos, os

---

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência: 164.544 - MG (2019/0079952-0)*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://bitly.com/tr1no>. Acesso em 08 jun. 2021.

<sup>77</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista: 1000123-89.2017.5.02.0038*. Relator: Min. Breno Medeiros. Brasília, 5 de fevereiro de 2020a. Disponível em: <https://bitly.com/hLNli>. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento de Recurso de Revista: 10575-88.2019.5.03.0003*. Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 9 de setembro de 2020b. Disponível em: <https://bitly.com/8bLqN>. Acesso em 08 jun. 2021.

<sup>78</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista: 10555-54.2019.5.03.0179*. Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. Brasília, 02 de março de 2021. Disponível em: <https://bitly.com/iuD1Ro>. Acesso em 08 jun. 2021.



posicionamentos jurisprudenciais decorrem dessa lógica de rigidez. Desta forma, a legislação e o sistema judiciário estão “presos” ao pacto fordista, mas o capital ultrapassa o acordo instituído com a narrativa de funcionamento das empresas-plataformas como meras intermediárias, desobrigando-se da proteção trabalhista e superexplorando o trabalhador uberizado.

Analisando trabalhador uberizado e plataformizado e as possíveis posições do Direito do Trabalho para o fenômeno, Oliveira, Carelli e Grillo<sup>79</sup> propõem quatro respostas. A primeira seria a negativa do vínculo de emprego pela forma de funcionamento das plataformas como intermediárias, o que os tribunais superiores já manifestam. A segunda resposta seria a criação de uma categoria intermediária entre o trabalhador autônomo e o empregado. A terceira, por seu turno, seria reconhecer como forma de trabalho específico. E a última, a quarta resposta seria não atualizar a legislação trabalhista, mas aceitar que ela é abrangente para o trabalho uberizado com a abertura dos conceitos de subordinação telemática.

## CONCLUSÃO

Neste artigo foram demonstradas as modificações do capitalismo no contexto da reestruturação do capital e as suas consequências na uberização do trabalho. Primeiro diferenciou-se as categorias de relação de emprego e relação de trabalho, evidenciando a relação de trabalho como gênero e a relação de emprego como espécie. Além de se debruçar sobre os requisitos fático-jurídicos para a caracterização da relação de emprego e a preeminência dessa categoria de trabalho sobre as demais por comportar uma série de benefícios exclusivos.

Segundo, através do quadro teórico de David Harvey discutiu-se sobre a reestruturação do capitalismo, explanando inicialmente sobre conceitos fundamentais do pensamento econômico, como os regimes de acumulação, o modo de regulamentação e o esquema de reprodução. Logo em seguida, traçou-se as características do fordismo como sistema de produção e organização do trabalho, além de sua derrocada e a ascensão do toyotismo e da acumulação flexível.

Terceiro, foi analisado o fenômeno da uberização do trabalho a partir das concepções da reestruturação do capitalismo. A discussão perpassa as modificações do ecossistema laboral e sobre a dificuldade de nomear os fenômenos e como isso ainda é um campo em disputa, justamente pela novidade e confusão que o capital impõe. A partir disso, discorreu-se sobre a uberização do trabalho, e suas características fundantes, como o autogerenciamento subordinado, o processo localizado da prestação laboral e as questões de controle e gerenciamento.

Após a superação do percurso teórico, o argumento dessa produção é de que com a reestruturação do capitalismo e a ascensão da uberização, o capital burla as regras que ele mesmo pactua no compromisso constituindo, assim, na desproteção trabalhista e na

---

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. *Op. cit.*



narrativa da plataforma digital como mera intermediadora, isso foi evidenciado pelas decisões dos tribunais superiores outrora descritas.

Além disso, a partir do quadro teórico é possível afirmar que é anacrônico que David Harvey antecipou a uberização do trabalho, mas a partir da sua concepção da reestruturação do capitalismo, pode-se assegurar que ele conferiu indícios para as novas formas de flexibilização do trabalho e a decadência do emprego. As consequências da acumulação flexível na uberização se manifestam através (i) do desemprego estrutural: sem alternativa o trabalhador uberizado vislumbra na plataforma a possibilidade de sobrevivência; (ii) da destruição e reconstrução de habilidades: o trabalhador opera através de um autogerenciamento subordinado, ou seja, diferente da lógica fordista ele tem que desenvolver estratégias para lucrar; (iii) dos ganhos modestos: como trabalhador *just-in-time* sua remuneração também é baseada na demanda; (iv) do retrocesso do poder sindical: a plataforma dificulta a ligação entre trabalhadores, visto que o ambiente da plataforma digital é hermético e impede o contato com outros trabalhadores, outro fator que corrobora com a dificuldade de sindicalização é a lógica empreendedora de percepção de autônomo, não como dependente da plataforma; (v) da estética efêmera: a produção por demanda torna a prestação laboral acelerada; (vi) compressão tempo-espço: a natureza da uberização dialoga com a diminuição de fronteiras, seja na comunicação ou no transporte.

A uberização é, então, resultado da dispersão do capitalismo, ou seja, a sofisticação do capital através de digitalização ensejando novas formas de acumulação e, por consequência de trabalho, resultando na superexploração do trabalhador. A dispersão do capitalismo está intimamente ligada à multifacetação do capital.

Essa pesquisa se limita pela categoria analítica adotada, qual seja a uberização do trabalho. Outras conclusões seriam alcançadas através de conceitos mais abrangentes como a plataformização do trabalho e capitalismo de plataforma ou capitalismo digital. Além disso, o fenômeno da uberização também pode ser pensado a partir da crise mais recente de 2008 e suas consequências para a ascensão de uma lógica neoliberal empreendedora.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, v. 18, n. 3, p. 1-11, 2019. Disponível em: <https://bityli.com/JVv5js>. Acesso em 13 nov. 2020.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? *Estudos Avançados*, v. 34, n. 98, p. 111-126, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/1bktn>. Acesso em 13 nov. 2020.

AMORIM, Henrique; MODA, Felipe Bruner. Trabalho por aplicativo: gerenciamento algorítmico e condições de trabalho dos motoristas da Uber. *Fronteiras-estudos midiáticos*, v. 22, n. 1, p. 59-71, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/6yElR>. Acesso em 13 nov. 2020.

ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*: o novo proletariado de serviços na era digital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020a.

ANTUNES, Ricardo. Trabalho intermitente e uberização do trabalho no limiar da Indústria 4.0. In: ANTUNES, Ricardo. *Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020b.

BARBOSA, Attila Magno e Silva; ORBEM, Juliani Veronezi. “Pejotização”: precarização das relações de trabalho, das relações sociais e das relações humanas. *Revista eletrônica do curso de direito da UFSM*, v. 10, n. 2, p. 839-859, 2015. Disponível em: <https://bitly.com/OG2ys>. Acesso em 09 mar. 2021.

BIRH, Alain. O compromisso fordista. In: BIRH, Alain. *Da grande noite à alternativa*: o movimento operário europeu em crise. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 1998. p. 35-49.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://bitly.com/WmnnS>. Acesso em 11 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência: 164.544 - MG (2019/0079952-0)*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://bitly.com/tr1no>. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento de Recurso de Revista: 10575-88.2019.5.03.0003*. Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 9 de setembro de 2020b. Disponível em: <https://bitly.com/8bLqN>. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista: 1000123-89.2017.5.02.0038*. Relator: Min. Breno Medeiros. Brasília, 5 de fevereiro de 2020a. Disponível em: <https://bitly.com/hLNli>. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista: 10555-54.2019.5.03.0179*. Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. Brasília, 02 de março de 2021. Disponível em: <https://bitly.com/iuD1Ro>. Acesso em 08 jun. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DE STEFANO, Valerio. The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”. *Conditions of Work and Employment Series*, Geneva, n.71, 2016. p. 11-22. Disponível em: <https://bitly.com/geSRW>. Acesso em 09 jun. 2021.

FARIA, Maria da Graça Druck de. *Terceirização*: (des) fordizando a fábrica, um estudo de complexo petroquímico da Bahia. 1995. 271 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1995. Disponível em: <https://bitly.com/y3SgB> Acesso em 31 mai. 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 27, p. 85-105, 2005. Disponível em: <https://bitly.com/pBeCM>. Acesso em 03 mar. 2021.

FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo. *Revista Contracampo*, v. 39, n. 1, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/2DWka>. Acesso em 13 nov. 2020.

FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. *Marx e o Marxismo*, v. 5, n. 8, p. 45-66, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/tUu5q>. Acesso em 13 nov. 2020.

FRANCO, David Silva; Ferraz, Deise Luiza da Silva. Uberização do trabalho e acumulação capitalista. *Cadernos EBAPE.BR*, v. 17, p. 844-856, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/GTJ0C>. Acesso em 13 nov. 2020.

GAVRAS, Douglas. *Aplicativos como Uber e iFood são fonte de renda de quase 4 milhões de autônomos*. Estadão. Disponível em: <https://bitly.com/C4MZV>. Acesso em 15 jun. 2021.

GRIESBACH, Kathleen; REICH, Adam; ELLIOTT-NEGRI, Luke; MILKMAN, Ruth. Algorithmic Control in Platform Food Delivery Work. *Socius: Sociological Research for a Dynamic World*, v. 5, p. 1-15, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/V4Wzr>. Acesso em 15 jun. 2021.

GROHMANN, Rafael. Plataformização do trabalho: entre dataficação, financeirização e racionalidade neoliberal. *Revista Eptic*, v. 22, n. 1, p. 106-122, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/UPjwy>. Acesso em 13 nov. 2020.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 19. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

LIPIETZ, Alain. *Mirages and Miracles: The Crises of Global Fordism*. London: Verso, 1987.

MALLET, Estevão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 106, n. 106-107, p. 217-245, 2012. Disponível em: <https://bitly.com/72Hij> Acesso em 22 mar. 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 4, p. 2609-2634, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/TiJFd>. Acesso em 15 jun. 2021.

PINTO, Geraldo Augusto. *A organização do trabalho no século XX: taylorismo, fordismo e toyotismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

RIBEIRO, Andressa de Freitas. Taylorismo, fordismo e toyotismo. *Lutas Sociais*, v. 19, n. 35, p. 65-79, 2015. Disponível em: <https://bitly.com/NUTeFA> Acesso em: 31 mai. 2021.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.  
SANTOS, Katia. *Trabalho como conceito filosófico*. Revista Filosofia. São Paulo: Editora Scala. Edição, v. 42, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 48, n. 78, p. 157-193, 2008. Disponível em: <https://bitly.com/JItDY>. Acesso em 09 mar. 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Um conceito marxista de salário. *Germinal: Marxismo e Educação em Debate*, v. 6, n. 2, p. 95-109, 2014. Disponível em: <https://bitly.com/Rgujs>. Acesso em 30 Mar. 2021.

TENÓRIO, Fernando G. A unidade dos contrários: Fordismo e pós-Fordismo. *Revista de Administração Pública*, v. 45, n. 4, p. 1141-1172, 2011. Disponível em: <https://bitly.com/jzuhs>. Acesso em 13 nov. 2020.

Data de Recebimento: 04/10/2021.

Data de Aprovação: 23/02/2022.

## A EMERGÊNCIA DO COPYRIGHT NA INGLATERRA DO SÉCULO XVIII

## THE EMERGENCE OF COPYRIGHT IN EIGHTEENTH-CENTURY ENGLAND

Marco Antônio Sousa Alves\*

## RESUMO

O artigo tem por objetivo investigar a emergência do *copyright* no direito inglês do século XVIII. Argumentaremos que, por um lado, as legislações modernas, como o *Statute of Anne* de 1710, alteraram a tradição regulatória que vinha dos séculos XVI e XVII, derrubando a censura prévia e o sistema dos privilégios reais, mas, por outro lado, permitiram um novo rearranjo no qual velhas práticas monopolísticas sobreviveram sob o manto da nova retórica autoral e burguesa. Seguindo uma perspectiva genealógica, profundamente influenciada por Michel Foucault, enfatizaremos as batalhas travadas em torno desse tema, sustentando que o direito moderno de autor não deve ser visto simplesmente como o resultado de uma evolução ou a consagração de um direito natural. O presente estudo baseia-se na análise de um conjunto heterogêneo de fontes da época, como ensaios filosóficos, documentos legais e decisões judiciais, além de considerar diversas pesquisas recentes desenvolvidas sobre o tema por juristas, filósofos e historiadores.

Palavras-chave: *Copyright*; Direito de Autor; História do Direito; Direito Inglês; Século XVIII.

## ABSTRACT

The article aims to investigate the emergence of copyright in 18th century English law. We will argue that, on the one hand, modern legislation, such as the 1710 Statute of Anne, changed the regulatory tradition that came from the 16th and 17th centuries, overturning prior censorship and the system of royal grants, but, on the other hand, allowed a new rearrangement in which old monopolistic practices survived under the cloak of the new authorial and bourgeois rhetoric. Following a genealogical perspective, deeply influenced by Michel Foucault, we emphasize the battles over this issue, arguing that modern copyright law should not be seen simply as the result of an evolution or as the consecration of a natural right. This article is based on the analysis of a heterogeneous set of sources from the time, such as philosophical essays, legal documents and court decisions, in addition to considering several recent researches on the subject developed by jurists, philosophers and historians.

Key-words: Copyright; Authors' Rights; History of Law; English Law; 18th Century.

\* Professor Adjunto de Teoria e Filosofia do Direito e do Estado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFMG). Atua no momento como Professor Visitante no Surveillance Studies Centre, na Queens University em Kingston, Canadá, como bolsista do Programa Institucional de Internacionalização (PrInt/CAPES). Doutor em Filosofia pela UFMG (2014), com estágio de pesquisa doutoral na *École des hautes études en sciences sociales* (EHESS/Paris), tendo a tese recebido o Prêmio UFMG de Teses e Menção Honrosa do Prêmio CAPES de Tese 2015. Mestre em Filosofia e graduado em Direito e em Filosofia, todos também pela UFMG. Foi pesquisador-bolsista de pós-doutorado (PNPD/CAPES) no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFMG entre 2014 e 2017. Trabalha nas áreas de Filosofia Contemporânea, Filosofia Política, Filosofia do Direito, Teoria da Argumentação e em questões éticas, políticas e jurídicas ligadas às novas tecnologias da informação e da comunicação. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3781743161897964>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4885-8773> E-mail: [marcofilosofia@gmail.com](mailto:marcofilosofia@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem a pretensão de aprofundar nossa compreensão acerca do nascimento do direito moderno de autor por meio de um estudo sobre o aparecimento do *copyright* no direito inglês do século XVIII. Um documento legal é comumente destacado nessa história: o Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*) de 1710, conhecido também como *Copyright Act*<sup>1</sup>. Ele é apresentado com frequência como a primeira lei de proteção dos autores da história, o ponto de partida de um direito propriamente autoral, de coloração burguesa, que veio afirmar o autor como titular de um direito exclusivo de exploração comercial da obra por um tempo determinado, colocando fim à prática da censura prévia, aos monopólios corporativos e aos privilégios reais perpétuos. Assim, é comum a Inglaterra ser vista como “a grande pioneira na regulamentação jurídica do direito de autor”<sup>2</sup>, cabendo a ela “a glória de ter sido a vanguardeira da regulamentação legal da matéria”<sup>3</sup>.

Como de costume, especialmente entre os juristas, essa história tendeu a ser bastante simplificada e mitificada, sendo em geral contada de forma rasa, linear e triunfante, como uma sucessão de avanços legislativos e conquistas civilizatórias. Tendemos a ver a marcha da história como um permanente afastamento da escuridão e da ignorância, rumo a um mundo cada vez mais iluminado, evoluído e consciente dos “verdadeiros direitos”, aqueles fundados na razão. Tudo se passa como se nada mais fizessemos do que “descobrir” um direito que sempre existiu, universal, que estava apenas aguardando o momento oportuno para finalmente ser plenamente consagrado por nós, que nos vemos assim como os herdeiros de uma grande tradição e os arautos da verdade enfim revelada. Uma história feita de atos heroicos, de criações geniais, de precursores e vanguardistas que estão sempre pressionando a humanidade para frente, que dão a ver aquilo que, talvez por séculos ou milênios, teria permanecido oculto, desconhecido ou adormecido. Em suma, a afirmação do direito de autor moderno é descrita como um despertar da razão, uma tomada de consciência, um momento praticamente mágico e iluminado no qual os autores tiveram finalmente seus “direitos naturais” reconhecidos e garantidos pela lei. Temos assim mais um mito fundador.

Este trabalho segue uma direção radicalmente distinta. Ele nasce de uma tentativa de levar mais a sério a história em sua complexidade, um esforço para nos libertar desse modo reducionista e enganador de compreender a origem do direito de autor. Propomos seguir aqui uma sugestão de Michel Foucault<sup>4</sup>, que, ao analisar e retomar ao seu modo o projeto nietzschiano de uma investigação genealógica, defendeu a necessidade de

---

<sup>1</sup> England. The Statute of Anne: an act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned. In: Bently, L; Kretschmer, M. (eds.). *Primary Sources on Copyright* (1450-1900). London: 1710. Disponível em: [http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk\\_1710](http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk_1710). Acesso em: 13 jun. 2013.

<sup>2</sup> Menezes, Elisângela Dias. *Curso de direito autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 23.

<sup>3</sup> Chaves, Antônio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 26.

<sup>4</sup> Foucault, Michel. Nietzsche, a genealogia, a história (1971). In: Foucault, Michel. *Ditos e escritos*, vol. II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Organização Manoel Barros da Motta. Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 260-281.



colocarmos por terra o mito ou ilusão da origem. Em sua ótica, a história seria muito mais cinzenta e seu estudo exigiria um trabalho bem mais meticuloso e paciente. Trabalhar com a história significa debruçar-se sobre fontes embaralhadas, que escondem os acasos e as lutas envolvidas, funcionando como máscaras, disfarces ou artimanhas<sup>5</sup>. Mais do que traçar uma linha evolutiva ou construir uma narrativa teleológica, devemos reencontrar as diferentes cenas e compreender os papéis que desempenharam. Segundo o filósofo francês: “a história ensina também a rir das solenidades da origem”<sup>6</sup>.

Acolhendo as recomendações de Foucault, que, nesse ponto, segue de perto as trilhas abertas por Friedrich Nietzsche, este texto não empreende propriamente uma busca pela “origem” (*Ursprung*) do direito moderno de autor, mas investiga, ao contrário, sua “emergência” (*Entstehung*). Ao invés de uma origem nobre, iluminada e triunfante, este artigo situa o aparecimento do *copyright* na Inglaterra do século XVIII como uma entrada em cena que “sempre se produz em um determinado estado de forças”<sup>7</sup>. Podemos pensar no Estatuto da Rainha Ana como uma irrupção, ou seja, uma entrada conflituosa em cena. Ele emerge em um lugar de confrontação, envolvendo tentativas malogradas ou não de conciliação e variados embates, não “nasce” como uma afirmação consensual e pura da razão que finalmente se impôs.

Não se trata de simplesmente dar continuidade a um roteiro pré-estabelecido, seguindo uma direção definida. Ao contrário, as emergências são “efeitos de substituições, reposições e deslocamentos, de conquistas disfarçadas, de inversões sistemáticas”<sup>8</sup>. A forma como tradicionalmente os juristas veem a história pode ser assimilada àquilo que Nietzsche<sup>9</sup> ironicamente chamou de “perspectiva das rãs” (*Frosch-Perspektive*), ou seja, aquela que lança um olhar de baixo para cima, limitado, ingênuo, para algo distante, situado nas alturas, para “as épocas mais nobres, as formas mais elevadas, as ideias mais abstratas, as individualidades mais puras”<sup>10</sup>. Em sentido contrário, o genealogista procura fazer um uso crítico da história, cortando as raízes ilusórias e apagando as venerações, de modo a libertar-nos dessas “origens” enganadoras e aprisionadoras.

Ao olharmos para a emergência do *copyright* na Inglaterra do século XVIII, percebemos uma série de continuidades e rupturas, diferentes estratégias em conflito e discursos que, muitas vezes, servem para mascarar as intenções dos agentes ou para revestir as práticas com alguma autoridade ou aceitabilidade. Ainda que se possa dizer que o direito moderno de autor nasceu no século XVIII, na Inglaterra, com o Estatuto da Rainha Ana de 1710, e sua efetivação na decisão do caso *Donaldson v. Beckett* em 1774, resta ainda investigar exatamente qual foi a mudança operada por esse estatuto, de que

<sup>5</sup> Foucault, Michel. Nietzsche, a genealogia, a história (1971). In: Foucault, Michel. *Ditos e escritos*, vol. II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Organização Manoel Barros da Motta. Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 260.

<sup>6</sup> Idem, p. 263.

<sup>7</sup> Idem, p. 268.

<sup>8</sup> Idem, p. 270.

<sup>9</sup> Nietzsche, Friedrich. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 10, §2.

<sup>10</sup> Foucault, Op. cit. p. 273.

modo ele impactou a situação dos editores e como, na prática, afetou os autores, tomados a partir de então como os titulares desse direito.

Para investigar essa questão, propomos seguir neste artigo um percurso dividido em três partes. Em um primeiro momento, analisaremos alguns aspectos da tradição inglesa de regulação do impresso e de proteção da propriedade intelectual, que precederam o nascimento do *copyright* no século XVIII, com foco nas práticas censórias, nos privilégios reais e nas nascentes relações contratuais no mundo da edição. Nessa investigação, procuraremos ressaltar algumas continuidades, evitando sempre construir uma narrativa reducionista, que em geral tende a ver o “novo” de modo extremamente seletivo e simplista, deixando na sombra aquilo que ele carrega das velhas práticas. Na sequência, nosso estudo se voltará para a transição do *right in copies* para o *copyright*, com destaque para a desmaterialização característica do novo direito e para o rearranjo regulatório realizado, que manteve, em grande parte, antigas práticas comerciais de natureza monopolística, com o objetivo de atender aos diferentes interesses em conflito na Inglaterra no início do século XVIII. Por fim, na terceira e última parte deste artigo, a atenção será voltada para a publicação do Estatuto da Rainha Ana em 1710, buscando enfatizar de que modo essa lei encarna o novo espírito de seu tempo e contribui na propagação de um novo discurso autoral que serve, em boa medida, para mascarar os interesses editoriais em jogo.

### **Primórdios: censura prévia, privilégios reais e relações contratuais**

Para compreender a regulação do mundo impresso na Europa e, em particular, na Inglaterra, é preciso recuar mais nosso olhar. Junto com o advento da prensa tipográfica por Gutenberg, emergiu na Europa um novo temor. Os novos tempos trazidos pela palavra impressa ameaçavam os poderes reais e eclesiásticos, que temiam seu poder sedicioso ou herético. Para fazer frente a esses novos perigos, um sistema inédito de censura prévia e regulação da edição foi construído ao longo dos séculos XVI e XVII.

Em 1549, o papa Paulo II redigiu o primeiro *Index librorum prohibitorum*, que será a partir de então publicado periodicamente, condenando só em sua primeira edição aproximadamente nove mil títulos<sup>11</sup>. E juntamente com a exigência do *imprimatur*, vemos surgir também um conjunto legislativo que procurava controlar a impressão e circulação dos livros<sup>12</sup>. Nasce assim, desde o século XV, o sistema dos privilégios reais (*Royal Grant* ou *Royal Charter*). Agindo geralmente em conjunto, apesar das tensões permanentes, a Igreja e o poder real erguem um amplo sistema punitivo, no qual o autor aparece como alguém a ser controlado e perseguido. Portanto, antes do aparecimento do *copyright* no século XVIII, os autores já apareciam em textos legais. Mas não apareciam como detentores de direitos, sejam eles de natureza patrimonial ou moral. Confirma-se, desse modo, a tese esboçada por Foucault em sua célebre conferência intitulada “O que é um autor?”, na qual sustentou que, antes de aparecer como proprietário no seio do direito, o

<sup>11</sup> Chartier, Roger. *L'ordre des livres: lecteurs, auteurs, bibliothèques en Europe entre XIVE et XVIIIe siècle*. Aix-en-Provence: ALINEA, 1992. p. 57-58.

<sup>12</sup> Barbier, Frédéric. *Histoire du livre*. 2a ed. Paris: Armand Colin, 2006. p. 134-135.

autor foi inicialmente alvo de uma “apropriação penal”, tomado como um potencial transgressor que deveria ser identificado para que pudesse ser devidamente controlado e, eventualmente, punido<sup>13</sup>.

Diferentemente da França, o sistema punitivo inglês tendeu a ser mais corporativo, menos centralizado nas mãos no monarca, ocorrendo, em grande medida, no interior da Comunidade de Livreiros de Londres (*Company of Stationers of London*), ainda que sob a vigilância e o beneplácito do soberano. Durante pouco mais de um século, conviveu no sistema britânico de controle da impressão uma dupla possibilidade de permissão: uma que decorria do registro junto à corporação, chamada de “direito de cópia” (*right in copies*), e outra que era conferida diretamente pelo rei, na forma de uma carta patente.

Em 1624, um documento legal mais abrangente sobre o tema, chamado de *Ato ou Estatuto dos Monopólios* (*Act ou Statute of Monopolies*), procurou conferir uma base estatutária mais sólida para as patentes, reduzindo a discricionariedade real e atribuindo aos livreiros de Londres ainda mais poderes<sup>14</sup>. Teremos então um sistema inglês ainda mais corporativo, baseado nos registros e nas práticas do mercado livreiro. Em suma, a regulação corporativa tendeu a absorver, na Inglaterra, o antigo sistema de proteção por meio de cartas patentes concedidas diretamente pelo soberano. Mas, ao invés de uma adversária da Coroa, a corporação de livreiros era, acima de tudo, uma grande aliada, capaz de exercer uma vigilância e um controle muito mais estrito sobre a impressão.

De um ponto de vista jurídico, não devemos confundir os privilégios reais com os direitos modernos de autor. Os privilégios eram um instituto jurídico que consistia na concessão de um monopólio ou de um direito de fazer ou vender algo com exclusividade, por meio de cartas patentes, geralmente sobre invenções ou atividades industriais. Tratava-se, em suma, de um instrumento de proteção e apoio a certas atividades que o rei tinha o interesse de atrair ou fomentar em seu território. Essas cartas estão na origem do direito de propriedade intelectual. Assim, podemos ver como, historicamente, as patentes antecederam aos direitos de autor<sup>15</sup>.

Contudo, mesmo sem ser um instrumento voltado especialmente para a regulação da impressão, encontramos, por vezes, autores que foram agraciados com a concessão de um privilégio real. Esse “direito”, entretanto, não decorria de sua criação, mas de uma mera graça real<sup>16</sup>. O pedido de privilégios pelos autores era até mais comum do que se imagina. Mas tal tipo de pedido não necessariamente deve ser visto como uma afirmação de um direito natural de propriedade. O ato de pedir um privilégio em nome do autor era,

<sup>13</sup> Foucault, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur? (1969). In: FOUCAULT, Michel. *Dits et Écrits*, vol. I. Paris: Gallimard, 2001. p. 827.

<sup>14</sup> England. An Act concerning Monopolies and Dispensations with Penal Laws and the forfeitures thereof (Statute of Monopolies). In: BENTLY, L.; KRETSCHMER, M. (eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. London: 1624. Disponível em: [http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk\\_1624](http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk_1624). Acesso em: 13 jun. 2013.

<sup>15</sup> Long, Pamela O. Invention, authorship, “intellectual property”, and the origin of patents: notes toward a conceptual history. *Technology and Culture*, v. 32, n. 4, p. 846-884, 1991. p. 875-878.

<sup>16</sup> Kirschbaum, Leo. Author's copyright in England before 1640. *The Papers of Bibliographical Society of America*, v. 40, n. 1, p. 43-80, 1946. p. 47-48; Feather, John. From rights in copies to copyright: the recognition of author's rights in England law and practice in the sixteenth and seventeenth centuries. In: Jaszi, Peter; Woodmansee, Martha (eds.). *The construction of authorship: textual appropriation in the law and literature*. Durham/London: Duke University Press, 1994. p. 192-193.

sobretudo, um mecanismo utilizado para se afirmar, de acordo com os padrões de respeitabilidade e honradez vigentes, como um escritor decente e digno, um *gentleman writer*, mesmo colocando a obra no mercado, posto que o privilégio valia como uma chancela real de grande importância para uma elite que, à época, exigia certo decoro nos gestos autorais<sup>17</sup>.

Além de serem eles mesmos muitas vezes os detentores dos privilégios reais de exploração, não era raro vermos autores negociarem seus manuscritos ou serem remunerados por suas obras e controlarem a impressão e a venda de seus textos. Sendo assim, poderíamos falar em uma espécie de “pré-história” do direito do autor, que remontaria aos séculos XVI e XVII<sup>18</sup>. Mas é preciso muita atenção com esse termo, “pré-história”, pois ele sugere que teria havido, antes do século XVIII, uma espécie de conscientização incipiente dos autores com relação aos seus direitos de propriedade<sup>19</sup>. Nesse sentido, o historiador do direito francês Laurent Pfister, expressando uma visão comum na área, chega a afirmar que teria havido, no século XVIII, uma “tomada de consciência” (*prise de conscience*) dos escritores com relação aos seus direitos<sup>20</sup>. Ora, não se trata de buscar no passado as formas menos desenvolvidas daquilo que virá a emergir posteriormente, traçando uma linha evolutiva que conduz até ao presente. Propomos aqui um olhar diferente, seguindo mais de perto o que mudou, como as práticas autorais foram percebidas e como elas foram captadas juridicamente.

Se entendemos por direito de autor a retribuição financeira feita por um livreiro/editor a um criador quando da aquisição de um manuscrito, então devemos admitir que se trata de algo mais antigo, que remonta ao menos ao século XVII. Desde então vemos uma mudança na cultura do livro e o aparecimento de uma relação propriamente contratual no seio da publicação. Um caso ilustrativo nesse sentido é o de John Milton, que é visto por muitos como o primeiro escritor a assinar um contrato formal prevendo uma remuneração em dinheiro, o que ocorreu na cessão ao livreiro Samuel Simmons, em 27 de abril de 1667, do manuscrito de *Paradise Lost*. Em vez de um número de exemplares, o contrato previa o pagamento de cinco libras, de imediato, e mais cinco após cada reimpressão (valor, aliás, muito baixo, mesmo para a época). Além da remuneração, o contrato conferia a Milton o direito de ser informado do estado das vendas, deixando-o, portanto, a par de como estava a circulação de sua obra<sup>21</sup>.

Ou seja, embora o sistema dos privilégios reais previsse, diretamente, direitos apenas aos livreiros, em decorrência de uma graça do soberano, é importante observar

<sup>17</sup> Turnovsky, Geoffrey. *The literary market: authorship and modernity in the old regime*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010. p. 80.

<sup>18</sup> Martin, Henri-Jean. *Livre, pouvoirs et société à Paris au XVIIe siècle (1598-1701)*. Genève: Droz, 1999. p. 424-429; Mollier, Jean-Yves. Les itinéraires de l’auteur d’hier à aujourd’hui. In: Luneau, Marie-Pier; Vincent, Josée (dir.). *La fabrication de l’auteur*. Québec: Nota bene, 2010. p. 13-14.

<sup>19</sup> Turnovsky, Op. cit., p. 32.

<sup>20</sup> Pfister, Laurent. *L’auteur, propriétaire de son œuvre: la formation du droit d’auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*. Tese (Doutorado em Direito). Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, Université Robert Schuman (Strasbourg III). Strasbourg, 1999. p. 189.

<sup>21</sup> Lindenbaum, Peter. Milton’s contract. In: Jaszi, Peter; Woodmansee, Martha (eds.). *The construction of authorship: textual appropriation in the law and literature*. Durham/London: Duke University Press, 1994. p. 176-179.

que os escritores eram também, muitas vezes, remunerados pela venda de seus manuscritos. O direito do autor, contudo, se é que existia, não passava de um direito real, sobre a coisa, que não tinha a dimensão espiritual ou imaterial que atribuímos ao direito moderno de propriedade intelectual. Talvez seja o caso de admitir a existência de uma espécie de prerrogativa pessoal, um tipo de direito moral, como o respeito ao ineditismo, ou seja, a necessidade da autorização do autor para poder levar sua obra ao público<sup>22</sup>. Em suma, o autor tinha um direito sobre o manuscrito, tomado em sua materialidade, podendo escolher se desejava ou não o ceder a um livreiro, mas não detinha nenhum direito de exploração comercial da obra com exclusividade.

Contudo, no sistema inglês, de certa forma, a negociação do manuscrito envolvia algo mais do que uma mera venda de um tanto de papel, embora fosse também menos do que um contrato de cessão de algum direito detido pelo autor. O autor não podia ceder nem um direito de cópia, que pertencia apenas ao livreiro, mediante registro na corporação, nem um direito de publicação, posto que o *imprimatur* dependia da aprovação prévia no seio do sistema censório real ou eclesiástico. Tratava-se, em suma, de uma permissão de natureza negativa, na qual o autor simplesmente se obrigava a não objetar ou interferir na publicação, comprometendo-se, por exemplo, a não ceder o mesmo manuscrito a outro livreiro<sup>23</sup>.

E, mais ainda: se entendemos por direito de autor alguma prerrogativa concedida aos indivíduos criadores, então também teremos de admitir que tal direito remonta ao menos ao século XV, quando ocorreram os primeiros casos de cartas patentes concedendo um monopólio de exploração comercial temporário aos indivíduos que produziam algo novo. Mas esses privilégios, embora fossem, por vezes, concedidos aos autores, não tinham na condição de autor o seu fundamento. Ou seja, não eram verdadeiras prerrogativas autorais, mas sim privilégios concedidos por liberalidade real a determinados súditos. Não era fruto de um direito, mas de uma graça. E, como tal, podia ser concedida pelo rei a quem ele bem entendesse, inclusive para alguns escritores que lhe eram próximos ou queridos.

### **Rearranjo regulatório: do *right in copies* ao *copyright***

A palavra *copyright* é encontrada pela primeira vez nos registros da Corporação de Livreiros de Londres em 1703, no lugar do tradicional *right in copies*. Essa sutil mudança de vocabulário no direito inglês acentua a desmaterialização do antigo direito sobre a cópia manuscrita (*copy*), que era depositada e registrada na Corporação, garantindo assim ao livreiro a exclusividade sobre sua reprodução e venda, em direção a um novo direito conferido ao autor sobre sua obra<sup>24</sup>.

Analisando essa questão, o historiador francês Roger Chartier concedeu grande importância a esse processo de desmaterialização das obras. Para ilustrar essa mudança,

---

<sup>22</sup> Patterson, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968. p. 65-69.

<sup>23</sup> Idem, p. 73.

<sup>24</sup> Idem, p. 71.



ele destaca o processo julgado em 1741 na Inglaterra, que envolveu Pope contra o livreiro Curl, que tinha publicado suas cartas sem seu consentimento. A Corte concedeu ganho de causa a Pope e expressou então, claramente, a diferença entre aquele que detém o objeto escrito e aquele que tem o direito de propriedade sobre o texto. A decisão expressa a aliança entre a *property*, que é a possibilidade de transformar um escrito em bem negociável, e a *propriety*, que é a reivindicação de um possível controle sobre a difusão de um texto, de modo a preservar a reputação, a honra e a intimidade<sup>25</sup>.

Em suma, o que difere o *copyright*, que nasce no início do século XVIII, do *right in copies*, que remonta ao século XVI, é o fato de o primeiro ser baseado na ideia de um direito de propriedade do autor e não em algum tipo de prerrogativa real (cartas patentes ou privilégios). Havia, antes do século XVIII, sem dúvida, um “regime de regulação” (*regime of regulation*), mas não um claro “regime de propriedade” (*regime of property*)<sup>26</sup>.

Apesar das diferenças no sistema de controle, nos discursos de legitimação e nos sujeitos reconhecidos juridicamente, é importante ressaltar que o *copyright* moderno não deve ser visto como uma mera ruptura com relação ao antigo sistema do *right in copies*. Trata-se, acima de tudo, de um rearranjo, ao mesmo tempo comercial, político e jurídico. Em grande parte, o *copyright* teve sua origem na política real de controle da impressão e nas práticas monopolísticas do comércio livreiro. Aliás, as corporações, em suas práticas mercantis, também raciocinavam em termos de “propriedades”, mas no seio de um arcabouço de regulação baseado em privilégios reais e na censura prévia, não como uma propriedade em sentido moderno e burguês, entendida como um direito do indivíduo.

Talvez a imagem da ruptura que as mudanças jurídicas ressaltam, dos privilégios reais para o direito individual de propriedade, não seja capaz de perceber algumas importantes continuidades, que só se fazem visíveis ao olharmos para a organização do mercado livreiro<sup>27</sup>. Ao invés de um completo rompimento com o antigo sistema, as inovações legais do início do século XVIII basearam-se em arranjos comerciais já existentes, dado que a prática da venda do manuscrito e da remuneração dos autores no seio de uma relação contratual já era comum no século XVII na Inglaterra. Mais do que o resultado de um reconhecimento de um suposto direito natural do homem, o *copyright* é fruto, sobretudo, de uma construção contingente para regular um mercado instável do ponto de vista técnico, econômico ou cultural<sup>28</sup>. Pode-se dizer que o *copyright* pôde desenvolver-se aos poucos no seio da corporação e de suas práticas mercantis, gozando de certa indiferença da Coroa, que estava mais preocupada com a censura prévia<sup>29</sup>. Nesse processo, ficam nítidos quais são os dois principais interesses em jogo: um penal, da Coroa, e outro civil, dos livreiros. Daí a dupla apropriação do autor, nos termos de

---

<sup>25</sup> Chartier, Roger. Qu'est-ce qu'un auteur? Révision d'une généalogie. *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, n. 4, p. 1-37, 2000. p. 18; Chartier, Roger. Foucault's chiasmus: authorship between science and literature in the Seventeenth and Eighteenth centuries. In: Biagioli, Mario; Galison, Peter (eds.). *Scientific authorship: credit and intellectual property in science*. New York/London: Routledge, 2003. p. 21.

<sup>26</sup> Rose, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press, 1993. p. 15.

<sup>27</sup> Feather, Op. cit., p. 191; Rose, Op. cit., p. 4.

<sup>28</sup> Saunders, David; Hunter, Ian. Lessons from the “Literatory”: how to historicise authorship. *Critical Inquiry*, v. 17, n. 3, p. 479-509, 1991. p. 499.

<sup>29</sup> Patterson, Op. cit., p. 36.



Foucault, primeiro como transgressor, nos séculos XVI e XVII, e depois como proprietário, a partir do século XVIII<sup>30</sup>.

### O Estatuto da Rainha Ana de 1710 e o novo discurso autoral

O marco jurídico do novo rearranjo é, sem dúvida, o Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*), de 1710, considerado o primeiro texto legislativo moderno a conceder direitos diretamente aos autores<sup>31</sup>. O Estatuto, aprovado pelo Parlamento inglês, acabou com a perpetuidade do monopólio dos livreiros, limitando o tempo de proteção da obra, e, além disso, eliminou a censura e o controle prévios, permitindo a qualquer um, não apenas aos membros da corporação privilegiada, imprimir ou vender livros na Inglaterra.

Evidentemente, essas mudanças provocaram a inquietação dos livreiros londrinos, que gozavam de um direito exclusivo e perpétuo sobre seus títulos há mais de 150 anos, o que deu início à chamada “Batalha dos Livreiros” (*Battle of the Booksellers*). Houve uma queda de braço entre o Parlamento, que tinha uma mentalidade mais liberal, contrária à concessão de monopólios que poderiam comprometer a vivacidade do mercado, e os livreiros londrinos, que pressionavam para restaurar o máximo possível o controle do mercado livreiro por meio dos privilégios. A batalha opôs ainda dois grupos de livreiros com interesses distintos: a corporação londrina, que gozava das proteções reais e mantinha ainda um controle centralizado das publicações inglesas, e os livreiros escoceses, que eram vistos como piratas e pleiteavam o fim dos monopólios de edição.

Nessa disputa, a partir do início do século XVIII, os editores londrinos alteraram o discurso do privilégio real, que passou a não ter mais peso na Inglaterra liberal e parlamentar, pelo do reconhecimento ao direito do autor. Essa mudança já aparece claramente em uma petição enviada pelos livreiros londrinos para o Parlamento em 1706, na qual, pela primeira vez, não mais eram feitas referências aos privilégios reais. Em suma, vemos uma clara mudança de estratégia. Um texto que parece ter influenciado essa mudança foi o “Ensaio sobre a regulação do impresso” (*Essay on the regulation of the press*), escrito em 1704 por Daniel Defoe. Nesse ensaio, o famoso escritor inglês, por um lado, critica o regime de licenciamento e privilégios, mas defende, por outro, a necessidade de algum tipo de regulação, sugerindo a criação de uma lei em proteção dos direitos de propriedade dos autores<sup>32</sup>.

É difícil falar na Inglaterra do século XVIII e não pensar em Defoe, que foi, além de escritor, um homem de negócios experiente, um importante polemista (*dissenter*), um defensor do comércio e um astuto observador da sociedade de seu tempo. Seu romance *Robinson Crusoe*, por exemplo, pode ser lido como uma clara ilustração do homem

<sup>30</sup> Foucault, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur? (1969). p. 827.

<sup>31</sup> England, *The Statute of Anne*.

<sup>32</sup> Rose, Op. cit., p. 34-38; Defoe, Daniel. *An essay on the regulation of the press*. Transcrição da versão original realizada em 2003 por Risa Bear, Renaissance Editions. London: 1704. Disponível em: <http://www.luminarium.org/renaissance-editions/defoe2.html>. Acesso em: 15 nov. 2013.

individualista, o paradigma da nascente figura do capitalista<sup>33</sup>. A propósito, Daniel Defoe foi, em razão da boa vendagem de *Robinson Crusoe*, um dos primeiros autores britânicos a receber *royalties*, tendo inclusive afirmado, na ocasião, que “a literatura iria tornar-se um ramo importante do comércio britânico”<sup>34</sup>.

O ensaio escrito por Defoe é, portanto, um capítulo dentro de uma longa batalha comercial, que revela uma nova retórica e assinala uma mudança estratégica. Os livreiros londrinos conseguiram durante um bom período o reconhecimento nos Tribunais do chamado *common-law copyright*, que reconhecia a perpetuidade do direito natural dos autores sobre suas obras, o que atingia também aqueles que o substituíam em um contrato de cessão. O argumento era simples: o autor, desde que criou sua obra, possuiria sobre ela um direito natural perpétuo, que poderia ser cedido ao livreiro/editor. É clara a inspiração lockeana aqui, que pode ser resumida assim: o trabalho (*labour*) confere ao homem um direito natural de propriedade àquilo que ele produziu; composições literárias resultam de um trabalho intelectual; logo, autores devem ter um direito natural de propriedade sobre suas obras<sup>35</sup>.

Para compreender bem esse ponto, convém se deter um pouco sobre o pensamento e a personagem que foi John Locke. Além da famosa justificativa do direito de apropriação privada realizada em 1690, no capítulo V do *Segundo Tratado sobre o Governo* (*Second Treatise of Government*, §§25-51)<sup>36</sup>, o filósofo inglês chegou a escrever um *Memorandum* em 1694 que tratou diretamente da questão da propriedade intelectual, texto que foi enviado ao seu amigo e membro do Parlamento Edward Clarke, com pedidos de que seus argumentos fossem levados às discussões parlamentares. Locke mostra-se contrário à censura prévia e ao regime de licenças, criticando a renovação *ad aeternum* dos privilégios de impressão e chamando os membros da *Stationers' Company* de “preguiçosos” (*lazy*) e “ignorantes” (*ignorant*)<sup>37</sup>. Locke considera ainda “absurdo” (*absurd*) e “ridículo” (*ridiculous*) que os livreiros pudessem gozar de algum tipo de privilégio de impressão sobre obras escritas antes mesmo de haver impressão<sup>38</sup>.

O privilégio de exploração exclusiva deveria, segundo propõe Locke, limitar-se às obras de autores vivos e, ao invés de um monopólio eterno, ele sugere uma limitação do direito de exploração exclusiva sobre as obras a 50 ou 70 anos após a primeira impressão do livro ou a morte do autor<sup>39</sup>. Mas, apesar de Locke falar em propriedade literária, ele parece tratar a questão como um problema de mercado livreiro e não em termos de direitos naturais dos autores, ao contrário do que farão os livreiros londrinos alguns anos

<sup>33</sup> Thompson, James. *Models of Value: eighteenth-century political economy and the novel*. Durham/London: Duke University Press, 1996. p. 104; Jaszi, Peter. Toward a theory of copyright: the metamorphoses of “authorship”. *Duke Law Journal*, v. 1991, n. 2, p. 455-502, 1991. p. 470.

<sup>34</sup> Apud Greffe, Xavier. *Économie de la propriété artistique*. Paris: Economica, 2005. p. 18 (tradução nossa).

<sup>35</sup> Alves, Marco Antônio Sousa. O direito de apropriação privada em Locke: um pensamento de transição. *Controvérsia*, v. 6, p. 51-67, 2010; ROSE, Op. cit., p. 85.

<sup>36</sup> Locke, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 37-138. (Coleção Os Pensadores, v. XVIII). p. 51-60.

<sup>37</sup> Apud King, Lord Peter. *The life of John Locke, with extracts from his correspondence, journals, and common-place books*. London: Henry Colburn and Richard Bentley, 1830. p. 381.

<sup>38</sup> Apud King, Op. cit., p. 387.

<sup>39</sup> Apud King, Op. cit., p. 379-380.

depois<sup>40</sup>. Aliás, é interessante destacar que em nenhum momento do *Memorandum* Locke realiza alguma conexão explícita entre o direito dos autores e sua teoria da propriedade<sup>41</sup>.

É curioso observar que, embora se valendo do argumento do direito natural do autor, foram os livreiros/editores, e não os autores, quem foram litigar. A estratégia era óbvia: aceitando-se o direito natural e perpétuo dos autores sobre suas obras, o monopólio permanente dos livreiros/editores estaria salvo. Pode-se perceber esse tipo de defesa do *common law copyright* em uma carta enviada ao Parlamento em 1735 (*A letter from an author to a member of Parliament*), que foi seguida de uma série de outras cartas-panfleto que faziam parte da campanha conduzida pelos livreiros londrinos<sup>42</sup>.

Esses embates nos levam a perceber que, por trás das alterações legais, vemos uma complexa manutenção de velhas práticas corporativas, agora revestidas sob nova roupagem. De fato, o monopólio permanente dos livreiros londrinos não foi rompido com o Estatuto da Rainha Ana no início do século XVIII, mas apenas décadas depois, no julgamento do caso *Donaldson v. Beckett* em 1774, quando a *House of Lords* definiu o *common-law copyright* como o simples direito natural do autor à primeira publicação, uma espécie de direito moral ao ineditismo, e aplicou então o prazo previsto pelo Estatuto para o gozo do *copyright*, que era de quatorze anos renováveis por mais quatorze. A efetiva aplicação do Estatuto substituiu, enfim, a forma de regulação marcada pelo controle da Coroa e pelas licenças reais perpétuas por um novo modelo, do moderno *copyright*, através da concessão aos autores de um direito temporário de exploração exclusiva sobre suas obras<sup>43</sup>.

Processo semelhante ocorreu nos Estados Unidos, alguns anos mais tarde. O art. 1º, seção VIII, cl. 8 da Constituição de 1787 adotou um texto muito próximo daquele do Estatuto da Rainha Ana. Enquanto o documento inglês atribuía ao autor “a liberdade exclusiva (*the sole liberty*) de imprimir e reimprimir seu livro ou livros pelo prazo de quatorze anos”, com a justificativa de “estimular os homens eruditos a compor e escrever livros úteis (*For the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books*)”<sup>44</sup>, a Constituição norte-americana visou expressamente a “[...] promover o progresso da ciência e das artes úteis (*To promote the Progress of Science and useful Arts*), garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores, o direito exclusivo (*exclusive Right*) aos seus escritos ou descobertas”<sup>45</sup>.

A primeira legislação federal norte-americana sobre o *copyright* data de 1790, que concedeu, como fez o Estatuto da Rainha Ana em 1710, uma exclusividade aos autores ou aos proprietários das cópias (*authors and proprietors of such copies*) de quatorze anos, também subordinada às formalidades do registro. E a Suprema Corte dos Estados Unidos

<sup>40</sup> Rose, Op. cit., p. 32-33.

<sup>41</sup> Hughes, Justin. Locke's 1694 memorandum (and more incomplete copyright historiographies). *Cardozo Legal Studies Research*, paper n. 167, 2006. p. 4.

<sup>42</sup> Patterson, Op. cit., p. 153-158; Rose, Op. cit., p. 54-57.

<sup>43</sup> Patterson, Op. cit., p. 173-175.

<sup>44</sup> England, *The Statute of Anne* (tradução nossa).

<sup>45</sup> United States of America. *The Constitution of the United States of America*, 1787. Disponível em: <https://constitutionus.com>. Acesso em: 10 mai. 2020 (tradução nossa).

tendeu a seguir o precedente inglês *Donaldson v. Beckett* de 1774, como se pode perceber no caso *Wheaton v. Peters* de 1834<sup>46</sup>.

A força retórica das palavras contidas nesses novos documentos legais não deve, contudo, apagar as práticas efetivas ou os interesses reais em conflito. Apesar das inovações e da clara mudança de tom, a nova lei inglesa envolveu, sobretudo, uma mera extensão legislativa de uma longa prática regulatória que tinha lugar no seio da *Stationers' Company*<sup>47</sup>. Alguns chegam a sustentar que o Estatuto da Rainha Ana foi apenas uma codificação inadequada e imprecisa das práticas comerciais já existentes no mercado livreiro inglês, nada mais do que um reconhecimento estatutário dos “direitos do comércio” (*trade rights*)<sup>48</sup>.

Na verdade, é difícil distinguir no novo arranjo legal qual o interesse protegido, do autor ou do livreiro/editor, e em que medida eles se confundem. Mais do que um mero reconhecimento dos direitos dos autores ou do que uma simples regulação do mercado livreiro, vemos, no Estatuto da Rainha Ana, tanto uma regulação mercantil, voltada prioritariamente para a proteção dos interesses dos livreiros/editores, após o colapso do monopólio concedido à *Stationers' Company*, quanto, também, a atribuição de direitos individuais ao escritor. A propósito, convém notar que o termo “autor” (*author*) é usado no Estatuto sempre alternadamente aos termos “adquirente da cópia” (*purchaser of copy*), “proprietário da cópia” (*proprietor of copy*), “livreiro” (*bookseller*) ou ainda “cessionário” (*assignee*)<sup>49</sup>. Aliás, essa oscilação fica clara desde o título do Estatuto, que diz se tratar de “um ato para a promoção do conhecimento através da concessão ao autor ou adquirente das cópias (*Authors or Purchasers of such Copies*) de um monopólio temporário sobre sua reprodução impressa”<sup>50</sup>.

Com exceção do direito à renovação do *copyright* por mais quatorze anos, que era concedido exclusivamente aos autores, todos os demais direitos são extensivos aos livreiros/editores adquirentes das cópias. Os autores, certamente, passaram a ser detentores de um direito de propriedade, mas isso não significa que os livreiros perderam seus direitos de exclusividade na reprodução dos livros. Em suma, na prática, é como se os livreiros continuassem gozando de monopólios<sup>51</sup>. A diferença é apenas que tais monopólios deixam de ser permanentes e fundados na graça do soberano para serem temporários e obtidos dos autores das obras mediante cessão contratual. Perde-se o monopólio real, a censura prévia cai por terra, mas a necessidade de registro permanece no sistema inglês no seio de uma nova lógica comercial: não mais para impedir a sedição ou a heresia, mas para proteger os detentores do *copyright* e o mercado do livro contra a ameaça da pirataria.

<sup>46</sup> Patterson, Op. cit., p. 203-212.

<sup>47</sup> Rose, Op. cit., p. 4; Jaszi, Op. cit., p. 468; Patterson, Op. cit., p. 43.

<sup>48</sup> Feather, Op. cit., p. 208-209.

<sup>49</sup> Patterson, Op. cit., p. 145.

<sup>50</sup> England, *The Statute of Anne* (tradução nossa).

<sup>51</sup> Patterson, Op. cit., p. 146-147.

## Conclusão

Para concluir, gostaríamos de relembrar alguns ensinamentos de Michel Foucault no curso que proferiu em 1976 no Collège de France, intitulado *Em defesa da sociedade*. O filósofo francês defendeu na ocasião uma nova maneira de olhar para a história, caminhando no sentido de promover um “saber histórico das lutas”, fazendo aparecer os combates silenciados ou ocultados sob o manto dos discursos englobantes e privilegiados<sup>52</sup>. Foi esse tipo de perspectiva que guiou a presente investigação.

Foucault<sup>53</sup> alerta para a necessidade de se denunciar a paz dos vencedores, de mostrar como a lei não nasce da natureza, mas sim das batalhas reais. Ele defende que é preciso olhar por debaixo daquilo que tomamos por justo ou do que foi instituído como legal<sup>54</sup>. Não é diferente com a afirmação dos direitos modernos de autor no século XVIII. Por isso, também aqui, é preciso levar a sério a seguinte recomendação do filósofo francês: “o papel da história será mostrar que as leis enganam, que os reis usam máscaras, que o poder produz ilusão e que os historiadores mentem”<sup>55</sup>.

Podemos, certamente, continuar a falar no nascimento do direito moderno de autor no século XVIII. Podemos também ressaltar a importância do Estatuto da Rainha Ana de 1710 na regulação inglesa da edição e na fundação do *copyright*. Esses são fatos que o presente artigo não teve qualquer intenção de negar. Nosso objetivo aqui pode ser compreendido como um esforço de compreensão do direito que busca situar suas disposições, olhando por detrás das palavras afirmadas e da retórica das leis para fazer aparecer as práticas, os conflitos e as complexidades que marcam nossa experiência histórica.

Nesse sentido, procuramos mostrar como a tradição inglesa de regulação do impresso, que remonta ao século XVI, repousava sobre a censura prévia, os privilégios reais e os monopólios corporativos. Ressaltamos como novas relações contratuais entre autores e livreiros remontam ao século XVII e antecedem as legislações ditas modernas do século seguinte. Procuramos evidenciar também como se produziu no início do século XVIII na Inglaterra uma mistura do velho e do novo, um complexo jogo no qual atores com interesses conflitantes defenderam certos discursos e mudaram frequentemente suas estratégias. Tentamos deixar claro como os novos dispositivos legais, com destaque para o Estatuto da Rainha Ana, permitiram um novo arranjo regulatório, que, apesar de sustentar uma nova retórica burguesa, em termos de direitos naturais de propriedade dos autores, manteve em grande parte antigas práticas comerciais de natureza monopolística. Assim, em resumo, as legislações modernas, por um lado, alteraram a tradição regulatória que vinha dos séculos XVI e XVII, derrubando a censura prévia e o sistema dos privilégios reais, mas, por outro lado, permitiram uma nova ordenação das forças na qual velhas práticas sobreviveram sob o manto do novo discurso autoral moderno.

---

<sup>52</sup> Foucault, Michel. *“Il faut défendre la société”*: cours au Collège de France (1976). Paris: Seuil/Gallimard, 1997. p. 9-10.

<sup>53</sup> Idem, p. 43.

<sup>54</sup> Idem, p. 48.

<sup>55</sup> Idem, p. 63 (tradução minha).



O século XVIII é, sem dúvida, um período de grandes transformações na Europa. Perdem espaço o rei e a Igreja, as corporações enfraquecem, mas o mercado cresce e novos agentes ganham força no mundo da edição. No lugar da graça real e das prerrogativas perpétuas, uma nova retórica liberal e burguesa ganha terreno. Ao invés de súditos agraciados pelo monarca, temos indivíduos que se veem como sujeitos de direito, que reivindicam suas “legítimas propriedades” e defendem a mais ampla liberdade contratual. Sai de cena o temor da sedição e da heresia para entrar no palco um novo inimigo, o pirata ou contrafator. O maior medo não é mais ver o poder soberano atacado ou a fé aviltada, mas sim ter o negócio comprometido por agentes que não respeitam a moral proprietária e as novas regras do jogo burguês. Mais do que um respeito aos criadores e aos seus supostos direitos naturais, o que está em questão na Inglaterra do século XVIII é, acima de tudo, uma nova estratégia regulatória e protetiva ao crescente mercado editorial.

Convém ressaltar, por fim, que a investigação empreendida aqui, ainda que voltada para a Inglaterra do século XVIII, tem muito a ensinar-nos hoje. Em primeiro lugar, o aprofundamento histórico pode contribuir no entendimento das raízes do direito moderno, esclarecendo conceitos e instrumentos jurídicos ainda operantes e de grande importância na ordem contemporânea. E, para além disso, entendemos que o estudo da emergência do *copyright* no século XVIII, em um contexto de intensa transformação em termos técnicos, culturais, políticos e econômicos, pode iluminar alguns problemas de nosso tempo, marcado por mudanças ainda mais vertiginosas, impulsionadas, em grande medida, pelas novas tecnologias da informação e da comunicação. Vivemos, mais uma vez, um processo de rearranjo regulatório, no qual, novamente, grandes interesses corporativos tendem a impor-se. Infelizmente, é muito comum ignorarmos as lições da história e repetirmos ingenuamente o passado. Esperamos que este artigo possa contribuir para aprendermos com nossa experiência e para desenvolvermos um olhar mais crítico, atento para as estratégias discursivas e para os interesses em conflito por detrás dos ideais louvados e das leis propostas.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Marco Antônio Sousa. O direito de apropriação privada em Locke: um pensamento de transição. *Controvérsia*, v. 6, p. 51-67, 2010.

BARBIER, Frédéric. *Histoire du livre*. 2a ed. Paris: Armand Colin, 2006.

CHARTIER, Roger. *L'ordre des livres: lecteurs, auteurs, bibliothèques en Europe entre XVe et XVIIIe siècle*. Aix-en-Provence: ALINEA, 1992.

CHARTIER, Roger. Qu'est-ce qu'un auteur? Révision d'une généalogie. *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, n. 4, p. 1-37, 2000.

CHARTIER, Roger. Foucault's chiasmus: authorship between science and literature in the Seventeenth and Eighteenth centuries. In: BIAGIOLI, Mario; GALISON, Peter (eds.).

*Scientific authorship: credit and intellectual property in science*. New York/London: Routledge, 2003. p. 13-31.

CHAVES, Antônio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DEFOE, Daniel. *An essay on the regulation of the press*. Transcrição da versão original realizada em 2003 por Risa Bear, Renaissance Editions. London: 1704. Disponível em: <http://www.luminarium.org/renaissance-editions/defoe2.html>. Acesso em 15 nov. 2013.

ENGLAND. An Act concerning Monopolies and Dispensations with Penal Laws and the forfeitures thereof (Statute of Monopolies). In: BENTLY, L; KRETSCHMER, M. (eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. London: 1624. Disponível em: [http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk\\_1624](http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk_1624). Acesso em 13 jun. 2013.

ENGLAND. The Statute of Anne: an act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned. In: BENTLY, L; KRETSCHMER, M. (eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. London: 1710. Disponível em: [http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk\\_1710](http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk_1710). Acesso em 13 jun. 2013.

FEATHER, John. From rights in copies to copyright: the recognition of author's rights in England law and practice in the sixteenth and seventeenth centuries. In: JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha (eds.). *The construction of authorship: textual appropriation in the law and literature*. Durham/London: Duke University Press, 1994. p. 191-209.

FOUCAULT, Michel. *"Il faut défendre la société": cours au Collège de France (1976)*. Paris: Seuil/Gallimard, 1997.

FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur? (1969). In: FOUCAULT, Michel. *Dits et Écrits*, vol. I. Paris: Gallimard, 2001. p. 817-849.

FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia, a história (1971). In: FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos*, vol. II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Organização Manoel Barros da Motta. Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 260-281.

GREFFE, Xavier. *Économie de la propriété artistique*. Paris: Economica, 2005.

HUGHES, Justin. Locke's 1694 memorandum (and more incomplete copyright historiographies). *Cardozo Legal Studies Research*, paper n. 167, 2006.

JASZI, Peter. Toward a theory of copyright: the metamorphoses of "authorship". *Duke Law Journal*, v. 1991, n. 2, p. 455-502, 1991.

KING, Lord Peter. *The life of John Locke, with extracts from his correspondence, journals, and common-place books*. London: Henry Colburn and Richard Bentley, 1830.

- KIRSCHBAUM, Leo. Author's copyright in England before 1640. *The Papers of Bibliographical Society of America*, v. 40, n. 1, p. 43-80, 1946.
- LINDENBAUM, Peter. Milton's contract. In: JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha (eds.). *The construction of authorship: textual appropriation in the law and literature*. Durham/London: Duke University Press, 1994. p. 175-190.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 37-138. (Coleção Os Pensadores, v. XVIII).
- LONG, Pamela O. Invention, authorship, "intellectual property", and the origin of patents: notes toward a conceptual history. *Technology and Culture*, v. 32, n. 4, p. 846-884, 1991.
- MARTIN, Henri-Jean. *Livre, pouvoirs et société à Paris au XVIIe siècle (1598-1701)*. Genève: Droz, 1999.
- MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de direito autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MOLLIER, Jean-Yves. Les itinérances de l'auteur d'hier à aujourd'hui. In: LUNEAU, Marie-Pier; VINCENT, Josée (dir.). *La fabrication de l'auteur*. Québec: Nota bene, 2010. p. 13-28.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.
- PFISTER, Laurent. *L'auteur, propriétaire de son œuvre: la formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*. Tese (Doutorado em Direito). Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, Université Robert Schuman (Strasbourg III). Strasbourg, 1999.
- ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press, 1993.
- SAUNDERS, David; HUNTER, Ian. Lessons from the "Literatory": how to historicise authorship. *Critical Inquiry*, v. 17, n. 3, p. 479-509, 1991.
- THOMPSON, James. *Models of Value: eighteenth-century political economy and the novel*. Durham/London: Duke University Press, 1996.
- TURNOVSKY, Geoffrey. *The literary market: authorship and modernity in the old regime*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010.
- UNITED STATES OF AMERICA. *The Constitution of the United States of America*, 1787. Disponível em: <https://constitutionus.com>. Acesso em 10 mai. 2020.

## THE “STATEHOOD” OF THE HOLY SEE AND THE CIVIL JURISDICTIONAL IMMUNITY: THE JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### O “ESTADO” DA SANTA SÉ E A IMUNIDADE JURISDICIONAL CIVIL: A SENTENÇA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Giorgia Alemanno\*

#### ABSTRACT

---

Holy See’s role, in an international level, has always been a very controversial issue due to the strict relationship with the Vatican City State. The European Court of Human Rights third section’s judgement of October 12<sup>th</sup>, 2021, represents a real innovation in the international framework as thirty-nine people of different nationalities, reported some representatives of the Belgian Catholic Church for sexual abuses. The applicants filed an appeal for the alleged violation of article 6 ECHR against the Holy See which acts, on one hand, as the beating heart of the Vatican City State and the Catholic Church, and, on the other, as the Pope’s moral representation.

Key-words: Holy See; civil jurisdictional immunity; sovereign State; article 6 ECHR.

#### RESUMO

---

O papel da Santa Sé, em nível internacional, sempre foi uma questão muito controversa devido ao estreito relacionamento com o Estado da Cidade do Vaticano. O julgamento da terceira seção do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 12 de outubro de 2021, representa uma verdadeira inovação no âmbito internacional, pois trinta e nove pessoas de diferentes nacionalidades, delataram alguns representantes da Igreja Católica Belga por abusos sexuais. Os requerentes apresentaram um recurso pela suposta violação do artigo 6º da CEDH contra a Santa Sé que atua, por um lado, como o coração pulsante do Estado da Cidade do Vaticano e da Igreja Católica, e, por outro, como a representação moral do Papa.

Palavras-chave: Santa Sé; imunidade jurisdicional civil; Estado soberano; artigo 6º da CEDH.

#### INTRODUCTION

The European Court of Human Rights third section’s judgement represents a real innovation in the international framework, in relation to civil jurisdictional immunities of States.

The judgement represents the outcome of a really complex proceeding which involved different parties, including, for the first time, the Holy See, to whom civil jurisdic-

---

\* Trainee lawyer and a judicial intern at the Rome Civil Tribunal. Born and raised in Rome, she achieved cum laude a Master’s Degree in law at Luiss Guido Carli University in four academic years, with a thesis in civil procedural law on the civil jurisdictional immunities of States and a specialization in international law.

tional immunity was applied<sup>1</sup>.

Immunity must be meant in relative terms, holding fast to the partition between *iure imperii e iure gestionis* acts<sup>2</sup>, approach that characterized the European Court's judgement and that, nowadays, after the United Nation Convention on jurisdictional immunities of States and their properties of 2004, overcame the absolutistic theory, nevertheless it is still appreciated by a very small part of the international doctrine<sup>3</sup>.

In order to understand the judgement, it is important to briefly look at the case events.

In 2011, thirty-nine people of different nationalities, coming from France, Belgium and The Netherlands, reported some representatives of the Belgian Catholic Church for sexual abuses.

Consequently, they filed an appeal to the Ghent first instance tribunal, bringing a civil class action for damages through which they demanded a compensation of \$10,000 for each person, putting forward not only the crime itself perpetrated by members of the clergy but, most of all, the Holy See behavior when it internally tackled and managed the reported problem.

So, with the civil action took by the claimants, not only the abuses committed by the ecclesiastics towards victims in childhood age were complained, but also the way, structurally deficient, through which the Church had systematically dealt with an already know, problematic situation.

For this reason, applicants filed a suit against the Holy See which is, on one hand, the role of the Pope's moral representation but, on the other, also the beating heart of the Vatican City State and the Catholic Church<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> M. Morgese, La garanzia dell'immunità giurisdizionale per *acta iure imperii* può giustificare la compressione del diritto di accesso ad un Tribunale (art. 6.1. CEDU). L'immunità della Santa Sede per la prima volta a Strasburgo.", (2022), *Judicium*; M. Castellaneta, Immunità della Santa Sede: prima pronuncia della CEDU sul Vaticano, 2021, Marina Castellaneta: notizie e commenti sul diritto Internazionale e dell'Unione Europea, sezione Diritti Umani.

<sup>2</sup> The first ones are acts that the State implements through the exercise of its public functions, while the second ones, have a private-law character and the State implements them regardless of its sovereign power. This theory defends State's immunity with an exclusive regard towards *iure imperii* acts, leaving all the private-law acts out of this protection. Yang X., *State immunity in international law*, (2012) Cambridge, Cambridge University Press, history of state immunity, 10; Sapienza R., *Diritto internazionale: Casi e materiali*, (2014), IV edition, Turin, 90 ff.; Fox H. e Webb P., *The Law of State Immunity*, (2015), Oxford International Law Library, 57; Dupuy P. e Kerbrat Y., *Droit international public*, (2016) XIII edition, Dalloz-Sirey, 142; Bankas E., *The State Immunity Controversy in International Law* (2005) Berlin, 7; Ronzitti N. e Venturini G., *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali, La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, (2008) Padova, 1 ff; The overcoming of the absolute theory was started by the so-called Tate Letter, a document drawn up by Jack B. Tate, legal counsel to the US general prosecutor in office Philip B. Perlman, on the 19th of May, 1952.

<sup>3</sup> Some of the International law reports' editors affirmed the groundlessness of the distinction. An example is given by Lauterpacht et al. (eds.), *ILR Consolidated Indexes*, 1484. "With the restrictive doctrine now long established, it seems inappropriate to continue to index material under the subheadings 'absolute' and 'restrictive' immunity".

<sup>4</sup> N. Picardi, *Alle origini della giurisdizione vaticana*, in *Historia et ius*, (2012) 27 ff.; Carbone S.M., *La Santa Sede in S.M. Carbone, R. Luzzato, A. Santa Maria, s. Bariatti, M. Condinanzi, Z. Crespi Reghizzi, M. Frigo, L. Fumagalli, P. Ivaldi, F. Munari, B. Nascimbene, I. Queirolo, L. Schiano di Pepe, Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, (2021), 21 ff.



However, in order to understand the weight of this judgement, it is necessary to take a brief look at the particular characteristics of the Holy See.

### Excursus on the Holy See role

Holy See must not be confused with the Vatican City State, peacefully recognized as a sovereign State by the international community because of its territory, even if narrow, its population and its sovereignty<sup>5</sup>.

Holy See must be qualified instead as a subject with international legal personality: an entity able to conclude treaties and agreements autonomously, regardless of the presence of a territory or a specific population which refer to<sup>6</sup>.

The canonical system supplies a more precise definition of Holy See with the Canon 361 of the code of Canon Law in which it is established that “In this Code, the term Apostolic See or Holy See refers not only to the Roman Pontiff but also to the Secretariat of State, the Council for the Public Affairs of the Church, and other institutes of the Roman Curia, unless it is otherwise apparent from the nature of the matter or the context of the words”<sup>7</sup>.

The canonist science therefore offers a double interpretation of the Holy See concept: on one hand there is who interprets it in a strict sense, as the moral representation of the Pope and as its office at the top of all the local Catholic Churches<sup>8</sup>; on the other hand, there is who perceives the Holy See in a broad sense, as an entity that rules the Church itself but also the Vatican City State<sup>9</sup>. This dichotomy, on an international level, has always raised doubts<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> The State’s territory covers an area of 0,44 km<sup>2</sup> and it is limited to the internal area of the Vatican walls, extending itself from S. Peters Square until a travertine strip that connects the two parts of the colonnade, marking the border between Italy and the Vatican. Vatican citizens are overall 618, of whom only 246 live inside the Vatican walls. (104 work as Swiss Guards). The form of government is the absolute monarchy, and, for this reason, the head of the State is the Pope, who has the fullness of legislative, executive and judicial powers. Information available at <https://www.vaticanstate.va/it/>.

<sup>6</sup> C. Ryngaert, *The Legal Status of the Holy See*, *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011), 829-859; N. Picardi, *Lo Stato Vaticano e la sua giustizia*, Bari, (2009), p. 78 et seq.; Id., *Alle origini della giurisdizione vaticana*, in *Historia et ius*, (2012), 27 ff.; F. Cammeo, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano* (1932), *Città del Vaticano*, (2005), 300 ff.; Y. Abdullah, *The Holy See at the United Nations Conferences: State or Church?*, in *Columbia Law Review*, vol.96, n. 7, (1996), 1835-1875; T. Maluwa, *The treaty-making capacity of the Holy See in theory and practice: A study of the jus tractum of a non-state entity*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 20, n. 2, (1987), 155-174; I. Cismas, *Religious Actors and International Law*, Oxford, (2014), 17 ff.

<sup>7</sup> It is possible to find this definition also in the *Convention on the Rights of the Child*, 2014, paragraphs 6 and 7.

<sup>8</sup> Code of Canon Law, can. 331.

<sup>9</sup> V. Buonomo, *Considerazioni sul rapporto tra diritto canonico e diritto internazionale*, (2015), *Anuario de Derecho Canonico*, revista de la Facultad de Derecho Canonico integrada en la UCV, 13-70.

<sup>10</sup> Ex multis: A. Notaro, *Santa Sede, soggetto di diritto internazionale*, in *De Iustitia*, (2017), p. 1-30; L. Caveada, *Questioni aperte sulla presenza della Santa Sede nel diritto internazionale*, *Padova*, (2018), 9 ff.; J.R. Morss, *The international legal status of the Vatican/Holy See complex*, in *European Journal of International Law*, v. 26, issue 4, (2016), p. 927-946; R. J. Araujo, *The International Personality and Sovereignty of the Holy See*, in *Catholic University Law Review*, (2001), p. 291-360; A. Rahman, *Church or State? The Holy See at the United Nations*, in *Conscience* v. 20, n. 2, (1999), p. 2-5; T. A. Byrnes, *Sovereignty, Supranationalism, and Soft Power: The Holy See in International Relations*, in *the review of faith &*

In fact, the Holy See has concluded, during the years, treaties and agreements with more than 180 States<sup>11</sup>, it has been a fundamental mediator in international controversies<sup>12</sup> and it obtained the permanent observer role at the United Nations<sup>13</sup>.

By virtue of this role in the international community, the Holy See became an international law subject quite controversial, de facto comparable to a sovereign State, but practically devoid of specific regulations and, particularly, specific rules on liability<sup>14</sup>.

With the help of this short examination, it is easy to make out that the issue brought before the European Court of Human Rights owes its complexity to the symbiotic relationship between the Vatican City State and the Holy See and to the doubtful qualification of the Church in an international perspective.

### The events: first and second instance judgements

In July 2011 the plaintiffs<sup>15</sup> filed an appeal before the Ghent tribunal against the Holy See and the archbishop of the Catholic Church in Belgium with his two predecessors, who were believed to be fully aware of the facts and the sexual abuses on minors<sup>16</sup>. The action was brought also against several bishops and two associations of religious orders<sup>17</sup>.

---

*international affairs*, (2017), p. 6-20; J. G. Cussen, *The Church-State(s) Problem: The Holy See in the International Theoretical (or theological) Marketplace*, during the International Symposium on religion and Cultural Diplomacy, Rome, (2014), p. 1-31. M. Benigno. *Santa Sede, Città del Vaticano e Unione Europea*. Modulo Jean Monnet. Divenire europei: la dimensione sociale dell'integrazione europea, (2022), Centro Studi Europei.

<sup>11</sup> Geneva Convention on the Law of War (1949), Convention on the Status of Refugees (1951), Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961), Vienna Convention on Consular Relations (1963), International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1966), Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984), Convention on the Rights of the Child (1989). With particular attention to the article 2, 3 and 4 of the Lateran Treaty signed with Italy in 1929: "Italy recognizes the sovereignty of the Holy See in international matters as an inherent attribute in conformity with its traditions and the requirements of its mission to the world.", art 3 para. 1 "Italy recognizes the full ownership, exclusive dominion, and sovereign authority and jurisdiction of the Holy See over the Vatican as at present constituted, together with all its appurtenances and endowments, thus creating the Vatican City, for the special purposes and under the conditions hereinafter referred to. [...]" and art. 4 "The sovereignty and exclusive jurisdiction over the Vatican City, which Italy recognizes as appertaining to the Holy See, forbid any intervention therein on the part of the Italian Government, or that any authority other than that of the Holy See shall be there acknowledged"; On the point, see M. Morgese. *Op. cit.*, 3.

<sup>12</sup> V. Beagle Channel Case, 1979.

<sup>13</sup> Qualification obtained in 1964. V. UN Doc A/58/314 (16 July 2004) on the Participation of the Holy See in the work of the United Nations. Moreover, the Vienna Convention on Diplomatic Relations had compared the Apostolic Nuncio to that of the States' ambassadors, under articles 14 e 16 VCDR. The Holy See became part as well of other authorities, linked to the United Nations, like the United Nations Economic and Social Council (ECOSOC).

<sup>14</sup> G. Balladore Pallieri, "Il rapporto fra Chiesa Cattolica e Stato Vaticano secondo il diritto ecclesiastico ed il diritto internazionale", (1930), Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie, Series III, v. 1, n. 3, p. 195-221.

<sup>15</sup> For the first instance appeal there were only 4 plaintiffs, among which one, R.V., represented beside himself, 35 victims.

<sup>16</sup> V. G. Cuniberti, ECtHR Affirms Holy See's Jurisdictional Immunity in Sexual Abuse Case, (2021) in European Association of Private International Law Blog; C. Burdeau, Rights court: Vatican can't be sued in *European Courts by sex abuse victims*, in Courthouse news, (2021).

<sup>17</sup> European Court of Human Rights, affaire j.c. et autres c. belgique (Requête n. 11625/17), 12 October 2021.

The plaintiffs based their claim principally on articles 1382<sup>18</sup> by which “Any act whatever of man which cause damage to another obliges him by whose fault it occurred to make reparation” and 1384 of the Belgian civil code, basing their appeal on three different forms of liability:

- i) joint and several liability of the defendants, Holy See included, for faults and omissions related to the general policy adopted in the field of sexual abuses.
- ii) liability of the defendants, Holy See excluded, for faults and omissions in the particular events.
- iii) liability of the Holy See for not having acted internally against the bishops<sup>19</sup>.

With the judgement of October 1st 2013, the Ghent Tribunal declared its lack of jurisdiction due to two reasons: in *primis* it compared the Holy See to a sovereign State and, as such, beneficiary of rights and recipient of obligations of international law; in *secundis*, it recognized to the Holy See the civil jurisdictional immunity by virtue of the existing customary rule that admits this guarantee to States when they carry out *iure imperii* acts<sup>20</sup>, which were found as prevailing in the present case.

In February 2016, thirty-six of the thirty-nine initial applicants lodged an appeal before the Court of Appeal of Ghent, which examined with particular attention the first instance Court judgement<sup>21</sup>.

The Court, in line with the contested judgement, compared the Holy See to an international law sovereign State, deriving the whole judgement from this hermeneutic approach.

Upholding the first instance judgement, the Court based its recognition on the stipulation concluded by the Holy See of international treaties and agreements, which, according to the judges, made it comparable *quoad effectum* to a sovereign power and, as such, beneficiary of rights and recipient of obligations of international law, including civil jurisdictional immunity rules.

The Holy See not only was submitted to the application of the immunity *ratione personae* due to its nature which was similar to that of a sovereign State, but also *ratione materiae*, including the contested events by the claimants in the categories of actions – in this case omissions – carried out in the public duties’ development and, thus, excluded from any Court’s review<sup>22</sup>.

At the base of the appeal two principal themes were identified: the opposition to the immunity recognition and the identification of a vicarious liability of the Holy See.

<sup>18</sup> Article 1382 of the Belgian civil code, similar in the content to Article 2043 of the Italian civil code.

<sup>19</sup> Liability under art. 1382 c.c. or, subordinately, under art. 1384 para. 3 c.c. (which refers to article 2049 of the Italian civil code).

<sup>20</sup> Ex multis: De Vittor F., Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: la Convenzione di New York del 2 dicembre 2004, in Lanciotti A. e Tanzi A. (eds), *Le immunità nel diritto internazionale*, (2007), 153-189; Frulli M., *Immunità e crimini internazionali. L’esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, (2007), 10 ff.; Izzo S., *Le immunità giurisdizionali: questioni di carattere processuale* in N. Ronzitti e G. Venturini (eds.), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, (2009), 291 ff.

<sup>21</sup> See also C. Van der Plas, ECtHR on State immunity from jurisdiction, (2021), *Jahae Raymakers*.

<sup>22</sup> M. Morgese. *Op. cit.*, 2.

Relating to the first ground, as previously mentioned, the Court concluded for a lack of jurisdiction, as it noticed a public-law activity performed by the ecclesiastics in the exercise of their administrative functions in each diocese; this recognition linked immunities to *iure imperii* acts, rather than to *iure gestionis* acts.

On the second ground, the Court of Appeal's judges believed that the relationship between the Holy See and the bishops was an "horizontal" public international law one, characterized by the bishops' autonomy, excluding the existence of a hierarchical relationship in a strict sense and so denying the Pope and Holy See's vicarious liability<sup>23</sup>.

Insisting on the point, with the judgement of February 25th, 2016, the Ghent Court of Appeal pointed out how the bishop, for his community, was kind of a local legislator which has decision-making powers with regard to the assessment, the treatment and the repression of crimes committed in his diocese.

In light of this reasoning, the Court of Appeal believed that the reported mechanism of silence inside the Church in order to preserve its reputation was not enough to convict the priests' actions, which, according to the Ghent Court of Appeal, could undoubtedly be considered as *iure imperii* acts<sup>24</sup>.

Once the possibility of applying the New York Convention rules of 2004<sup>25</sup> to the present case was allowed, the Court of Appeal examined the possible existence of exceptions to these rules.

The case, however, did not seem to be comprehended in the exceptional provisions of Article 12 of the United Nations Convention nor in Article 11 of the European Convention of 1972, under Belgian judges' point of view<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> According to the Ghent Court of Appeal, the charges against Belgian bishops couldn't be broadened to the Holy See as well, under article 1384, paragraph 3, of the civil code, since the Pope is not at the head of the bishops.

<sup>24</sup> European Court of Human Rights, affaire J.C. et autres c. Belgique (Requête n. 11625/17), 12th October 2021, para. 9: "[...] Cette circonstance impliquait non seulement que les manquements reprochés aux évêques belges ne pouvaient être attribués au Pape, en tant que commettant, mais aussi que ces manquements concernaient également des actes *iure imperii*. Le fait que la politique dite du silence aurait été organisée, comme le soutenaient les requérants, dans le but de préserver la réputation de l'Église ou d'un membre du clergé n'était pas suffisant, selon la cour d'appel, à les faire échapper à la qualification d'acte d'autorité. Les tribunaux belges s'attachaient en effet à la nature de l'acte et non à sa finalité pour déterminer s'il y avait acte d'autorité ou acte de gestion".

<sup>25</sup> Article 12, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004, "Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission." So, the action or the omission, reason of the material damage, must take place, entirely or partially, in the forum State and the author of the action or the omission must be present in that State at the time of the action or omission.

<sup>26</sup> Article 11, European Convention on States Immunities, signed in Basle on May 16th, 1972, "Un Etat Contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat Contractant lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'Etat du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu". So, a material damage deriving from a fact committed in the State of the forum territory, with the presence of its author therein at the moment in which the action took place.

Moreover, the Belgian Court of Appeal highlighted the total lack of precision in the enunciation of the facts behind the action for damages exposed by the claimants, with reference to both sexual abuses and the conducts connected to the policy of silence, blamed to the Holy See<sup>27</sup>.

The same Court, eventually, highlighted that the complaint raised by the applicants against the first instance's judgement, concerning the violation of the right to access to justice<sup>28</sup>, was unfounded by virtue of the existence of alternative remedies that, according to the Court, the applicants could have used in order to satisfy their claims: specifically, an action for damages against the bishops or their superiors, a request before an arbitration panel specialized in sexual abuses set up inside the Catholic Church or an appeal before an ecclesiastic Tribunal established within the Belgian Catholic Church<sup>29</sup>.

### The appeal before the European Court of Human Rights

On 3rd of August 2016, an attorney admitted to practice before the Supreme Court, consulted by the parties, expressed negative opinion on the chance of admission of a possible appeal before the Belgian Supreme Court<sup>30</sup>.

In his opinion, the lawyer believed that the Ghent Court of Appeal had correctly concluded that the Holy See both benefitted of jurisdictional immunity personae and materiae and that there hadn't been any violation of article 6 § 1 of the ECHR<sup>31</sup>: this conclusion was reached both applying the international customary law principle of jurisdictional immunity and the systematic Belgian procedural law.

---

<sup>27</sup> European Court of Human Rights, affaire J.C. et autres c. Belgique (Requête n. 11625/17), 12th October 2021, p. 12.

<sup>28</sup> Arranged inside article 6§1 ECHR, Right to a fair trial. See Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights - Right to a fair trial (civil limb), para. II, Right to a Court, 2021, 26 ff., available on the Strasbourg Court website [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf).

<sup>29</sup> European Court of Human Rights, affaire J.C. et autres c. Belgique (Requête n. 11625/17), 12th October 2021, para. 11: "La cour d'appel nota ensuite que les requérants disposaient d'autres voies pour faire valoir leurs droits, parmi lesquelles une action en responsabilité contre l'évêque ou le supérieur concerné, une demande devant le centre d'arbitrage en matière d'abus sexuels établi au sein de l'Église catholique (paragraphe 31-33 ci-dessous), ou une plainte devant un des tribunaux ecclésiastiques constitués au sein de l'Église catholique belge, et que les requérants n'avaient pas démontré que ces autres voies n'étaient pas suffisantes." The Court of Appeal in addition to the upholding of the first instance judgement, went further by almost anticipating the ECtHR judgement. The second instance judges, in fact, handled the right to a fair trial, analysing ultra petita the alternative remedies' role and mentioning the alleged violation the article 6§1 ECHR. See also M. Morgese. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>30</sup> In Belgium, attorneys admitted to practice before the Supreme Court are limited in the number as highly specialised. They are the only ones who are authorised to represent parties before the Court and, for this reason, prior to bring an action before the Supreme Court it is necessary to contact an authorized attorney. These information are available at the website [https://justitie.belgium.be/nl/rechterlijke\\_orde/hoven\\_en\\_rechtbanken/hof\\_van\\_cassatie/informatie\\_ove\\_r\\_het\\_hof/advocaten\\_bij\\_het\\_hof/opdracht](https://justitie.belgium.be/nl/rechterlijke_orde/hoven_en_rechtbanken/hof_van_cassatie/informatie_ove_r_het_hof/advocaten_bij_het_hof/opdracht).

<sup>31</sup> Article 6 § 1, European Convention on Human Rights: "any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice".



Due to this consideration, twenty-four victims applied to the European Court of Human Rights believing that there has been a violation of article 6 paragraph one of the ECHR arguing that they had not been able to receive a jurisdictional protection in Belgium as they were not given the possibility to support their civil claims before the Belgium tribunals of first and second instance.

The European Court of Human Rights, after declaring the admissibility of the appeal, evaluated the validity of the grounds by examining the reasonableness of the title of State attributed to the Holy See by national Tribunals of first and second instance and the applicability to the latter of the civil jurisdictional immunity; considering the qualification of the blamed acts e their relationship with ius cogens violations; lastly, evaluating the existence of alternative remedies that the applicant could have used: everything in contemplation with the right of access to justice as explained in the conventional rule mentioned.

### **Analysis on the immunities' applicability**

The recognition of the civil jurisdiction immunity to the Holy See, as a preliminary question obstructing to their claims' assessment, according to the applicants, had precluded ex ante that access to the justice that the European Convention of Human Rights establishes as a fundamental right.

The lack of jurisdiction declared by Belgian judges, in other words, didn't allow them to judicially assert their claims, thus making, based on their opinion, the State's interference disproportionate in relation to their right to access to justice.

The European Court as well, preliminarily, had to examine the Holy See role in the international community, wondering if it might have been treated as a State or whether if it should have been kept the character of a religious organization settled into the Vatican State.

The European Court of Human Rights opted for the qualification as a de facto State<sup>32</sup>, pursuant to the international treaties stipulated by the Holy See and due to the undisputed recognition of this title by some States and, above all, by the United Nations. According to the European Court, the Holy See is similar to a sovereign State, sharing with this status quo the international legal personality<sup>33</sup>.

So, if it is true that, under a merely regulatory point of view, the difficult connection of the Holy See to the idea of State forbids the application of those primary rules which guarantee the unequivocal coexistence between Nations under an international point of view, it is also true that, especially with States that have an institutional and territorial bond with the Holy See, it is nowadays a consolidated habit to compare the Holy See to a State, with all the rights and the obligations that descend from that.

---

<sup>32</sup> See Martinez L. C. Jr., "Sovereign Impunity: Does the Foreign Sovereign Immunities Act Bar Lawsuits Against the Holy See in Clerical Sexual Abuse Cases?", (2008), 44 Texas International Law Journal, 136 ff.

<sup>33</sup> It is worth remembering that the Holy See has technically nothing to do with the "State" concept, as it is a sui generis organization that, however, is not properly equal to States neither for nature nor for right and obligations, as repeated also by European Court of Justice in the "Réparation des dommages subis au service des nations unies", 1949.

By virtue of this application, the Court preliminary evaluated the lack of jurisdiction declarations intervened from the first and second instance tribunals, considering them as legitimate and non-arbitrary or unreasonable, in light of the above-mentioned reasoning<sup>34</sup>.

For these reasons, the European Court concluded, coherently with the judgement of the Appeal Court of Ghent, in favour of the jurisdictional immunity's recognition of the Holy See<sup>35</sup>, just as it is described inside Article 5 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Properties<sup>36</sup>.

The Court assessed then the possibility for the present case to be included within one of the jurisdictional immunity exceptions to the customary law principle, by doing a cross check between the United Nations Convention on Jurisdiction Immunities of States and Their Properties and the European Convention of State Immunities, an analysis already carried out by the Ghent Court of Appeal<sup>37</sup>.

The only exception that potentially would have prevented the Holy See from the application of the jurisdictional immunity, would have been the one under Article 12 of the New York Convention which excludes the applicability of the customary law principle in case of a procedure concerning

a pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission<sup>38</sup>.

In light of this possibility, the Court observes that the exception could have been applied only if the author of the action or the omission had been present in the territory where this conduct had occurred, at the moment of the harmful behavior.

This requirement, according to the judges, excludes the application of the exception to the present case, considering that, at the time of the actions, neither the Pope nor the Holy See were clearly present in Belgium during the *tempus commissi delicti*, on

---

<sup>34</sup> See also M. Morgese. *Op. cit.*, 6.

<sup>35</sup> European Court of Human Rights, affaire J.C. et autres c. Belgique (Requête n. 11625/17), 12th October 2021, para. 57 and 58 "57. La Cour n'aperçoit rien de déraisonnable ni d'arbitraire dans la motivation circonstanciée qui a mené la cour d'appel à cette conclusion. Elle rappelle en effet qu'elle a déjà elle-même caractérisé des accords conclus par le Saint-Siège avec des États tiers comme des traités internationaux [...] Cela revient à reconnaître que le Saint-Siège a des caractéristiques comparables à ceux d'un État. La Cour estime que la cour d'appel pouvait déduire de ces caractéristiques que le Saint-Siège était un souverain étranger, avec les mêmes droits et obligations qu'un État. 58. La Cour d'Appel de Gand en a ensuite déduit que le Saint-Siège jouissait en principe de l'immunité juridictionnelle, consacrée par le droit coutumier international et codifiée dans l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et l'article 15 de la Convention européenne sur l'immunité des États. Le Gouvernement ne conteste pas que les requérants ont subi de ce fait une limitation de leur droit d'accès à un tribunal".

<sup>36</sup> Article 5, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004, "A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention".

<sup>37</sup> As already done in *Cudak c. Lituanie*; *Guadagnino c. Italie e France*; *Sabeh El Leï c. France*; *Oleynikov c. Russie*; *Wallishhauser c. Autriche* (n. 2); *Radunović e altri c. Monténégro*; *Naku c. Lituanie e Suède*.

<sup>38</sup> Article 12, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004.

the contrary, the Holy See blamed behaviour was allegedly committed in Rome.

Once examined the Holy See nature, admitted the jurisdictional immunity and excluded the applicability of any exception, the Strasbourg Court evaluated the nature of the actions performed by the ecclesiastics.

### **Analysis on acts' nature and their relationship with *ius cogens* rules**

The claimants, which argued the impossibility to compare the Holy See to a sovereign State under international law, denying to accept the application of the civil jurisdictional immunity, gathered that, at most, the conducts subject to the procedure couldn't have been considered - in any case - as *iure imperii* acts, but rather as *iure gestionis* acts, as such uncovered from immunity.

This exception, on a closer inspection, concerning the nature of the actions of the Catholic Church priests, was analyzed in the present case by the European Court of Human Rights through a cross check between international public law, canon law and Belgian procedural law.

On the basis of these laws of reference, the Court ended up by affirming that faults and omissions which Holy See was blamed for, were, however, the result of the exercise of a public function and, for this reason and coherently with the international system, covered by jurisdictional immunity<sup>39</sup>.

Through this argumentation, it is necessary to examine the method and the reasons adduced by Strasbourg Judges in relation to the contrast between the international customary immunity principle and the presence of *ius cogens* rules potentially breached, considering that the sexual abuses contested in the procedure could fall, according to the applicants, into article 3 of the ECHR<sup>40</sup>, due to the particular seriousness that would classify them as inhuman and/or degrading treatment.

In this regard, considering national and international Courts' rulings, it is important to highlight two different interpretative lines: on one hand there is a branch that biases in favor of the non-relevance of the violation of *ius cogens* rules for the purposes of the application of the jurisdictional immunity principle represented by the International Court of Justice with the judgement of February 3rd 2012 and, on the other hand, an opposite branch that prefers human rights and fundamental rights, represented by the Italian legal practice, with particular reference to the judgement of the United Sections of the Italian Supreme Court in 2004<sup>41</sup> (and to the next judgements which, as it is known, overruled the initial approach) and to the judgement no. 238/2014<sup>42</sup> of the Ita-

---

<sup>39</sup> The so-called policy of silence, reported by victims, was considered by the Court – even if implicitly – perfectly in line with the freedom of choice on the internal administration that each organization/State boasts. Even if condemnable from a moral point of view, this reticent attitude is part of the normal development of the public duties, which strategy can only be decided from the government.

<sup>40</sup> Article 3, European Convention of Human Rights, Prohibition of torture: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”.

<sup>41</sup> Sezioni Unite Civili, Corte di Cassazione no. 5044, 11th March 2004.

<sup>42</sup> Corte Costituzionale, judgement no. 238, 22th October 2014.

lian Constitutional Court<sup>43</sup>.

It is worth remembering that the European Court, when asked about the balance between the immunity principle and *ius cogens* rules, has always decided in favor of the customary law principle<sup>44</sup>, excluding that the violation of the binding rule makes the civil jurisdictional immunity principle inapplicable<sup>45</sup>.

Nevertheless, regardless of the – embraceable or not – Court’s practice, it is important to highlight that the appeal subject of the judgement of October 12th, 2021, did not have as its object acts of torture, as in the cases already considered by the Court, but a simple omission, concerning the necessity to take measures to prevent or to fix acts constituting inhuman or degrading treatment<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> On the hermeneutical positions, a part of the international doctrine expressed itself: See Bianchi A., *L’immunité des Etats et les violations graves des droits de l’homme: la fonction de l’interprète dans la détermination du droit international*, *Revue générale de droit international public*, (2004), 63-101; id. *Serious Violations of Human Rights and Foreign States, Accountability Before Municipal Courts*, L.C. Vorah, F. Pocar, Y. Featherstobe et al (eds.) *Man’s Inhumanity to Man: essays in honor of Judge A. Cassese*, (2002), The Hague, 149-181; H. Blanke e L. Falkenberg, *Is There State Immunity in Cases of War Crimes Committed in the Forum State: On the Decision of the International Court of Justice (ICJ) of 3 February 2012 in Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, (2013), *German Law Journal*, 1817-1850; Bröhmer J., *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, (1998), 165-167; Chiusolo A., *Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la “giuristocrazia”?*, *Rassegna Parlamentare*, no. 2/2015, 1-24; Focarelli C., *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, (2007), *Rivista di diritto internazionale*, 637-656; Nappi S., *Diritti inviolabili, apertura coraggiosa ma ancora troppo limitata*, (2004), *Diritto e Giustizia*, file 15, 24 ff.; Pavoni R., *Human Rights and Immunity of Foreign States and International Organizations, Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, E. De Wet e J. Vidimar (eds.), (2012), Oxford, paragraph no. 4: *Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations*; P. Veronesi, *“Stati alla sbarra”?* Dopo la sentenza costituzionale n. 238 del 2014, (2016), *Quad. Cost.*, 3, 485-512; C. Consolo, *V. Morgante, Immunità e crimini di guerra: la Consulta decreta un “plot-twist”, abbraccia il dualismo e riapre alle azioni di danno*, *Corr. giur.*, (2015), 1, p. 100-113; S. Battini, *È costituzionale il diritto internazionale?*, (2015), *Giorn. dir. amm.*, 3, p. 368-377.

<sup>44</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, in which the claimant Al Adsani appealed to the Strasbourg Court contesting the British judgement with which the civil jurisdictional immunity was recognized to the Kuwait State, which, through its officials, inflicted torture and inhuman treatments to the claimant. The appeal was rejected by the Court and the immunity was recognized to the defendant State; *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, in which claimants appealed to the European Court to contest the Ellenic Supreme Court judgement with which it stated the impossibility to proceed by forced execution against Germany due to its civil jurisdictional immunity, the Strasbourg Court rejected the appeal for the groundlessness of the claims; *Stichting Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands* in which the European Court of Human Rights declared the civil jurisdictional immunity to the Netherlands and to the UN blue helmets, even if the object of the appeal was a bloody genocide; *Jones e altri c. Regno Unito*, in which the Court stated that Saudi Arabia’s officials, guilty of the crime of torture towards some British citizens, couldn’t be sued due to the civil jurisdictional immunity related to the *iure imperii* acts.

<sup>45</sup> M. Morgese, op. cit., 11 “La Corte ricorda, infatti, di essere stata chiamata più volte a vagliare l’opportunità di una recessione della norma sull’immunità giurisdizionale in favore delle norme a tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, ma di aver sempre concluso escludendo che nell’ambito della comunità internazionale fosse lecito negare l’immunità giurisdizionale per atti *iure imperii*, anche in presenza di gravi violazioni dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario o di una norma di *ius cogens*. Tale conclusione appare, per un verso, paradossale, in quanto promana proprio dalla Corte posta a tutela dei diritti umani. Per un altro, tuttavia, parrebbe ammettere la possibilità – e confessare l’opportunità – di un (auspicabile) inversione di rotta, nel momento in cui dichiara di non escludere in futuro uno sviluppo del diritto internazionale consuetudinario o convenzionale”.

<sup>46</sup> The judges recognized the seriousness of the conducts brought about by the ecclesiastics, framing the behavior inside article 3 ECHR, as it can be seen from paragraph 71 of the judgement: “[...] Toutefois, elle a également conscience du fait que les intérêts en jeu pour les requérants sont très sérieux et concernent de

In light of this, the Court, while acknowledging the existence of a recent international practice open to the exclusion of immunity rules when grave breaches of *ius cogens* came upon, believes that the omission of the Holy See in the adoption of internal measures related to the sexual abuses was not sufficiently serious to fall into the category of the *ius cogens* law and it did not allow, in any case, the disapplication of the consolidated international customary law principle<sup>47</sup>.

### Analysis on alternative remedies

The Court then evaluated the actual presence of alternative remedies that the applicants could have chosen in order to assert their claims.

To this regard, Strasbourg judges highlighted that, inside the Belgian Parliament House of Representatives, it had been already established, prior to this appeal before the European Court of Human Rights, a Parliamentary Committee of inquiry, related, precisely, “on the managing of sexual abuses and *paedophilia* facts within an authority relationship, in particular inside the Church system”<sup>48</sup>, whose goal was to analyze the relationship between the judiciary and the Church, by looking for a solution in case of demonstrated criminal offences.

Moreover, it was created an ad hoc an arbitration center for sexual abuses within the Catholic Church<sup>49</sup> for a limited period of time from 2011 to 2012, an organism in charge of managing the compensation requests proposed to the Church, especially regarding those victims who were unable to take legal action, because of the prescription period or due to the guilt’s death<sup>50</sup>.

The claimants, however, excluded the possibility to apply to that center, believing

---

façon sous-jacente des agissements graves d’abus sexuel relevant de l’article 3 de la Convention (voir, mutatis mutandis, O’Keeffe c. Irlande [GC], no 35810/09, §§ 144-146, CEDH 2014 (extraits)) et que l’existence d’une alternative est pour le moins souhaitable [...]”. However, the subject-matter of the action were exclusively the Holy See omissions on the abuses and not the abuses themselves; for this reason, the Court concluded declaring the exclusion of the omission from the *ius cogens* field, since they couldn’t be considered as torture acts under art. 3 ECHR.

<sup>47</sup> European Court of Human Rights, affaire j.c. et autres c. Belgique (Requête n. 11625/17), 12th October 2021, p. 64 e 65: “Dans la mesure où les requérants allèguent que l’immunité de juridiction des États ne peut être maintenue dans des cas où sont en jeu des traitements inhumains ou dégradants, la Cour rappelle qu’elle a déjà examiné à plusieurs reprises des arguments similaires. Elle a toutefois conclu chaque fois que dans l’état du droit international, il n’était pas permis de dire que les États ne jouissaient plus de l’immunité juridictionnelle dans des affaires se rapportant à des violations graves du droit des droits de l’homme ou du droit international humanitaire, ou à des violations d’une règle de jus cogens [...] En tout état de cause, ce que les requérants reprochent au Saint- Siège, ce ne sont pas des actes de torture mais une omission de prendre des mesures pour prévenir ou réparer des actes constituant des traitements qu’ils caractérisent comme des traitements inhumains. La Cour estime qu’il faudrait un pas additionnel pour conclure que l’immunité juridictionnelle des États ne s’applique plus à de telles omissions. Or, elle ne voit pas de développements dans la pratique des États qui permettent, à l’heure actuelle, de considérer que ce pas a été franchi”.

<sup>48</sup> Established by House of Representatives unanimously on 28th October 2010, led by Karine Lalieux.

<sup>49</sup> The arbitration center was created by mutual agreement between the Belgian Catholic Church and the State, in order to tackle abuses and sexual harassment. The process provided for an analysis completed by a specialized equip, made up by judges, lawyers, psychologists and Church representatives.

<sup>50</sup> 628 victims turned to the arbitration center and 1046 notices were reported in total.



that the reason at the base of the compensation action, which was the structural failure of the ecclesiastic authorities in the sexual abuses fight, wouldn't have been allowed due to the indispensable requirements to obtain a compensation therein<sup>51</sup>.

The Strasbourg Court, even recognizing the absolutely gravity of the ecclesiastics' blamed conducts and their imputability to article 3 of the ECHR, underlines how the application of the jurisdictional immunity does not depend on the existence of reasonable alternatives for the dispute resolution.

Moreover, even though the Court recognizes that the presence of an alternative is always desirable, it analyses that, in the present case, the claimants actually had some alternatives which, according to the judges, they could have been using<sup>52</sup>.

The European Court of Human Rights, in fact, considers that the arbitration procedure and the civil action would have been adequate remedies if used in compliance with procedural provisions, which is an extremely relevant perspective by virtue of the rejection pronounced by the Ghent first instance Tribunal, not only for the recognition of the Holy See immunity but also for the lack of respect for substantive and procedural rules, in relation to civil liability.

### **Analysis on the alleged violation of article 6 ECHR**

Eventually, the Court analyzed, as the last item, the alleged violation of the article 6 paragraph one of the ECHR, claimed by the applicants, who argued the impossibility to access to justice due to the first and second instance judgements<sup>53</sup>.

The Court, remembering *mutatis mutandis* McKinney case<sup>54</sup> and *Al-Adsani* case<sup>55</sup>, fundamental legal precedents concerning immunities, recalls the necessary balance that any judge must carry out while deciding what has to prevail between the right to access to justice and the jurisdictional immunity of a foreign State.

This aim, according to Strasbourg Judges, can be achieved only by analyzing the legitimacy of the limitation purpose and its proportionality.

---

<sup>51</sup> In order to address to the arbitration center it is necessary that the subject-matter of the appeal relates exclusively to the sexual abuse suffered by the victims. In fact, an *ad hoc* compensation action, bound to the Church's inability to internally manage these crimes, is not allowed.

<sup>52</sup> European Court of Human Rights, *affaire j.c. et autres c. Belgique* (Requête n. 11625/17), 12th October 2021, p. 71: "La Cour rappelle à cet égard que la compatibilité de l'octroi de l'immunité de juridiction à un État avec l'article 6 § 1 de la Convention ne dépend pas de l'existence d'alternatives raisonnables pour la résolution du litige (*Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, no 16874/12, § 64, 5 février 2019, avec référence à *Immunités juridictionnelles de l'État* (*Allemagne c. Italie ; Grèce* (intervenants)), précité, § 101). Toutefois, elle a également conscience du fait que les intérêts en jeu pour les requérants sont très sérieux et concernent de façon sous-jacente des agissements graves d'abus sexuel relevant de l'article 3 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *O'Keeffe c. Irlande* [GC], no 35810/09, §§ 144-146, CEDH 2014 (extraits)) et que l'existence d'une alternative est pour le moins souhaitable. Or, à cet égard et à titre surabondant, la Cour note que les requérants ne se sont pas trouvés dans une situation d'absence de tout recours".

<sup>53</sup> See also M. Tommasini, *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia per la prima volta sulla questione dell'immunità della Santa Sede*, (2021), *Unione Forense per la tutela dei diritti umani*.

<sup>54</sup> *McElhinney v. Ireland*, judgement November 21st 2001, appeal no. 31253/96, available on the Court's website [www.coe.echr.int](http://www.coe.echr.int).

<sup>55</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, judgement November 21st 2001, appeal no. 35763/97, *Rivista di diritto internazionale*.

The first one, in the present case, it's strictly linked to the principle of the *par in parem non habet iudicium* and in compliance with international law – in this case customary law - each State must ensure a peaceful coexistence within the international community<sup>56</sup>.

As for the disproportionality, it will be important to weigh up the two fundamental rules, which are part of the ECHR system, considering, however, that the so-called fair trial, no matter how supported is by the right to access justice, can also provide for some exceptions, among which some generally accepted limitations concerning the civil jurisdictional immunities of States<sup>57</sup>.

Anyway, the European Court of Human Rights believes that the rejection of the compensation action by the first and second instance judges represents the result of the compliance to international law rules, which are generally recognized on the subject of immunity and of the necessary balancing with the right access to justice.

It is noted, in fact, that the balance found by Belgian judges is proportionate to the intended purpose, excluding, so, a violation of the article 6 ECHR.

It is also interesting to observe the Belgium Government position, before the European Court of Human Rights, sued as defendant, who represented his standing through three generic remarks:

1. The Government highlighted what was already affirmed by the Ghent Court of Appeal claiming that the restriction of right to access to justice did not show a disproportionality but a balance considering the interests at stake. It was, in fact, considered a reasonable and adequate choice taking into account the victims' claims and the procedural needs;

2. It stated that, differently from what applicants affirmed, the fact that the applicants were able to argue their case before the first instance Tribunal and the Court of Appeal, even if with a negative result, excluded completely any violation of the article 6 ECHR, namely the rule that guarantees the right access to a Tribunal, affirming, in fact, that the concept of fair trial formulated in article 6 of ECHR was complemented by the presence of the fair trial, which is specifically the one that ensures at least two stages of proceedings.

3. It reaffirmed the existence of reasonable alternatives which were in the applicants' availability in order to fulfil their rights, among which the arbitration procedure.

In conclusion, the European Court of Human Rights rejected the appeal, declaring it unfounded, recognizing the claimants' sacrifice of the right to access to justice but considering it as proportionate and balanced with regards to the recognition of the Holy See civil jurisdictional immunity, which was compared to a proper sovereign State<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> If the Holy See is compared to a State, sharing with it rights, duties and obligations, it can only be considered as one of those "Par" that the principle *par in parem non habet iudicium* mentions. As a de facto State, it has to be treated within the international community as a sovereign State, and as such safeguarded by *ratione personae* and *ratione materiae* immunity rules.

<sup>57</sup> See Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights - Right to a fair trial (civil limb), paragraph II, Right to a Court, 2021, p. 26 et seq., available on the Strasbourg Court's website [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf).

<sup>58</sup> European Court of Human Rights, affaire j.c. et autres c. belgique (Requête n. 11625/17), 12th October 2021, p. 75 and 76: "Eu égard à l'ensemble des éléments qui précèdent, la Cour estime que le rejet par les

With a judgement that was clearly inspired to the old tendency on the subject of immunities, the Court, excluding the alleged violation of the fair trial under article 6 paragraph 1 ECHR, seems to have created a legal precedent that, henceforth, could bring to the permanent and final recognition of the Holy See as a sovereign power and to guarantee civil jurisdictional immunity to it<sup>59</sup>.

### The Strasbourg Court judgement and its role within the international community

The judgement of October 12th, 2021, of the European Court of Human Rights is, without a doubt, in a particular position within the international community. In the last years, in fact, the awareness on lots of innovative judgements about States' immunity had increased, called into question by the latest judgement of the European Court of Human Rights.

To this regard, particularly to be remembered are the Italian judgements of the Italian Supreme Court no. 5044/2004 and of the Constitutional Court no. 238/2014, which distanced Italian justice from those attitudes concerning customary law as peacefully understood in the international community, making the immunity application a no more automated mechanism but a privilege only applicable to certain legally determined cases, excluding this opportunity when *ius cogens* is violated.

This approach, even if contested by a part of international and national doctrine, had undoubtedly opened the doors to a new practice that, until a few years ago, had never found a real space within national systems<sup>60</sup>.

Focusing on the Italian situation, the judicial framework that has been created notwithstanding Italy had ratified the New York Convention with the law of the 14th of January 2013 n. 5<sup>61</sup> and although it didn't enter into force due to the failure to reach the threshold provided for by article 30 of the same Convention<sup>62</sup>,

---

tribunaux belges de leur juridiction pour connaître de l'action en responsabilité civile introduite par les requérants contre le Saint- Siège ne s'est pas écarté des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des États et que l'on ne saurait dès lors considérer la restriction au droit d'accès à un tribunal comme disproportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention à cet égard”.

<sup>59</sup> An interesting perspective is given by also the Press Release issued by Registrar of the European Court of Human Rights, Dismissal of civil action on grounds of Holy See's jurisdictional immunity did not violate Convention, 2021, available on the HUDOC database. For a systematic review on the subject, see Di Stefano M., Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità, (2007), Comunicazioni e Studi, vol. XXIII, Giuffrè, 207 ff.; Padelletti M.L., L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali, Rivista Diritti umani e diritto internazionale, (2008), 353-370; M. Morgese. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>60</sup> See also C. Ryngaert, The Immunity of the Holy See in Sexual Abuse Cases – the ECtHR decides J.C. v. Belgium, (2021), Utrecht Centre for Accountability and Liability Law Blog.

<sup>61</sup> “Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno”.

<sup>62</sup> Article 30, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004: “1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval, or accession with the Secretary- General of the United Nations. 2. For each State ratifying, accepting, approving, or acceding to the present Convention after

It is generally interpreted as a Convention that codifies customary law. Therefore, even if it did not enter into force, it mirrors customary law and assumes a primary role in a hermeneutic key for the purposes of the individuation of the applicable customary law<sup>63</sup>.

Coherently with the mentioned Italian judgements, not only some Italian tribunals<sup>64</sup> expressed themselves, but so did also the Supreme Court of Greece<sup>65</sup> which adopted that kind of hostile attitude towards the immunity recognition in case of violation of *ius cogens* rules and some overseas Tribunals, which were able to compare themselves to the different Italian approach<sup>66</sup>.

However, it is important to recognize that this orientation, even if revolutionary, does not create, for the moment, a real split within the international community, rather acting as an exception to the rule reiterated by the Court of Justice in 2012 with the judgement of the 3rd of February, about the Ferrini case<sup>67</sup>.

Keeping in mind this international framework, the judgement of the European Court of Human Rights lays itself in a particular position in compliance with the international practice, not for the coherent choice of the Strasbourg judges about the preference of the civil jurisdictional immunity to the right of access to justice, but rather for the recognition to the Holy See of the State title, identification that makes the European Court of Human Rights the first one in the international framework to express in that sense.

---

the deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the deposit by such State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession." So, the sufficient number of 30 ratifications established in the article is lacking.

<sup>63</sup> Sezioni Unite Civili, Corte di Cassazione, September 16th 2021, no. 25045.

<sup>64</sup> See judgement no. 21946, 20th October 2015; judgement no. 43696, 29th October 2015 and judgement no. 15812, 3rd May 2016.

<sup>65</sup> Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, case No. 11/2000, Hellenic Supreme Court, 4th May 2000.

<sup>66</sup> Central District Court of Seoul, 8th of January 2021, Comfort Women Case.

<sup>67</sup> See Viterbo A., I diritti fondamentali come limite all'immunità dello Stato, (2004), Responsabilità Civile e Previdenza, 1030-1039; Tanzi A., Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale, (2015), La Comunità internazionale, 13 ff.; Serrano G., Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionale dello Stato, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, (2012), 617 ff.; Salerno F., Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto, (2015), Quaderni costituzionali, 35-58; Rivello P.P., La Corte internazionale di Giustizia disattende le impostazioni volte a ritenere possibile un'ulteriore contrazione del principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati, (2012), Cassazione penale, no. 6, 2010-2038; Pisillo Mazzeschi R., La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica, (2014), in Diritti umani e diritto internazionale, 275-318; Persano F., Il rapporto tra immunità statale dalla giurisdizione e norme di jus cogens: una recente pronuncia della CIG, (2012), Responsabilità Civile e Previdenza, 4, 1118-1131; Nigro R. Le immunità giurisdizionali dello Stato e dei suoi organi e l'evoluzione della sovranità nel diritto internazionale, (2018), 310 ff.; Lanciotti A., Longobardo M., La Corte Costituzionale risponde alla Corte di giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità degli Stati, (2015), federalismi.it, 1-15; D'agnone G., Immunità degli Stati stranieri e garanzia costituzionale dell'accesso al giudice: conflitto reale?, (2014), Quaderni costituzionali, 639-658; Consolo C., Morgante V., La Corte dell'Aja accredita la Germania dell'immunità che le Sezioni Unite avevano negato, (2012), Corriere giuridico, p. 597-605; Atteritano A., Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo-tedesco dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia, Diritti umani e diritto internazionale, (2011), v. 5, p. 271-297.

## Dissenting opinions: Judge Pavli's point of view

An interesting aspect that combines the International Court of Justice judgement and the Strasbourg Court judgement, is represented by the dissenting opinions attached to both, the first by Judge Cançado Trindade and the second one by Judge Pavli<sup>68</sup>.

Mutatis mutandis to the dissenting opinion attached to the European Court Judgement, the Judge Cançado Trindade affirmed before the International Court that the *ius cogens* rules, coherently with the hierarchy of international sources of law, couldn't be waived and couldn't be given up, especially if in relation to the international principle of jurisdictional immunity, considering the implicit waiver of human rights, deducible from the judgement of the 3rd of February 2012 of the International Court of Justice, as intolerable<sup>69</sup>.

To the judgement of the European Court of Human Right, as already mentioned, the dissenting opinion of the judge Pavli is attached<sup>70</sup>, who moves away from his colleagues' decision because of 3 reasons<sup>71</sup>:

1. He disagrees with the conclusion reached by the Belgian Tribunals in relation to the exclusion of the territorial exception to the jurisdictional immunity principle of the State relating to *iure imperii* acts.

The territorial tort exception is provided by article 12 of the New York Convention and establishes essentially that the principle cannot be applied when the procedure has as its object an action that is strictly connected injury to the person, caused by actions or omissions committed - at least - in part on the State's territory, if the author was present in that same territory at the moment of the behavior<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> The first one attached to the International Court of Justice judgement of the 3rd of February 2012, the second one attached to the European Court of Human Rights judgement of the 12th of October 2021.

<sup>69</sup> Judge A. A. Cançado Trindade, Brazilian judge at the international Court of Justice, dissenting opinion to Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening, Judgement, 3rd of February 2012, 288 (306): "Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are anti-juridical acts, are breaches of jus cogens, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity. International crimes perpetrated by States are not acts *jure gestionis*, nor acts *jure imperii*; they are crimes, *delicta imperii*, for which there is no immunity. That traditional and eroded distinction is immaterial here".

<sup>70</sup> On the Dissenting Opinions' role see A. Paulus, Judgments and Separate Opinions: Complementarity and Tensions, speech at the Annual Seminar of the European Court of Human Rights, Strasbourg, (2019), 1-5; S. Van Bijsterveld, A Typology of Dissent in Religion Cases in the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, (2017), in Religion & Human Rights, 223-231; Directorate-General for internal policies, policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States, (2012), 31 ff.; P. Pinto de Albuquerque e D. Cardamone, Efficacia della dissenting opinion, *Questione Giustizia*, 148-155.

<sup>71</sup> On this topic see L. Pasquet, The Holy see as seen from Strasbourg: immune like a State but exempt from rules on State responsibility, (2021), blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione Europea; N. Winfield, European Court rejects attempt to hold Vatican liable for clerical sex abuse, (2021) in Los Angeles Times.

<sup>72</sup> Article 12, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004.



The applicants, for this reason, highlighted that the claimed conducts occurred in Belgium, both relating to sexual abuses and the policy of silence, allegedly realized, first of all, by the Belgian Catholic Church.

Therefore, the claimants asked national Courts to adopt this exception, so avoiding to the Holy See the application of the jurisdictional immunity.

However, national Courts and the European Court of Human Rights, rejected this request, on one hand, due to the exclusive applicability of this exception to *iure gestionis* acts, excluding *iure imperii* acts from the field of application<sup>73</sup> – which were identified in the present case – and, on the other hand, highlighting that the ecclesiastics' conducts couldn't be attributed to the Holy See under article 1384 of the Belgian civil code since acts committed by the Holy See, regarding omissions in the measures' assumption against the *paedophilia* events, took place in Rome and, so, outside the Forum State, concluding for the Pope and Holy See's absence in Belgium at the time in which these events happened.

These reasonings, according to the dissenting judge, would raise some gaps, highlighted, first of all, by the fact that the exception applicability only to *iure gestionis* acts provided for in article 12 of the New York Convention is not explicitly dictated in any treaty, but, if this approach was chosen, excluding *iure imperii* acts, this exception would become practically useless, as circumscribed to acts already excluded from the immunities' applicability.

Moreover, according to Judge Pavli, the Court didn't consider the Commentary of the UN Commission on International Law to the Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property<sup>74</sup>, an act with which the Commission explicitly established that the present exception not only could but should be applied regardless of the nature of conducts taken into account, whether they are the outcome of *iure imperii* acts or *iure gestionis* acts<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> The Court of Appeal, to support this thesis, mentioned: *McElhinney v. Irland*, no. 31253/96, 2001; *Germany v. Italy*, judgement of the 3rd of February 2012; *Jones and others v. United Kingdom*, no. 34356/06 and 40528/06, 2014. However, in the first two cases the Court dealt with armed conflicts and acts carried out by military, which makes the circumstances different from those in analysis in the present case. In the third case, the Court dealt with acts of torture committed outside the State's territory.

<sup>74</sup> Commentary of the UN Commission on International Law to the Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 1991, par. 8 "The basis for the assumption and exercise of jurisdiction in cases covered by this exception is territoriality. The *locus delicti commissi* offers a substantial territorial connection regardless of the motivation of the act or omission, whether intentional or even malicious, or whether accidental, negligent, inadvertent, reckless or careless, and indeed irrespective of the nature of the activities involved, whether *jure imperil* or *jure gestionis*. This distinction has been maintained in the case law of some states involving motor accidents in the course of official or military duties. While immunity has been maintained for acts *jure imperil*, it has been rejected for acts *jure gestionis*. The exception proposed in article 12 makes no such distinction, subject to a qualification in the opening paragraph indicating the reservation which in fact allows different rules to apply to questions specifically regulated by treaties, bilateral agreements or regional arrangements specifying or limiting the extent of liabilities or compensation, or providing for a different procedure for settlement of disputes" p. 45; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4\\_1\\_1991.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf).

<sup>75</sup> Judge Pavli highlights also that from the rough analysis carried out by the European Court of Human Rights a lack of precision and meticulousness descends, precision that turn out to be necessary in order to satisfy those minimum requirements that any judgement must have. Dissenting Opinion of Judge Pavli attached to the European Court of Human Rights Judgement, affaire j.c. et autres c. belgique, 12th October

2. Judge Pavli dissents also as from the Belgian Courts' observation on the alleged hierarchical relationship between the Holy See and the bishops. National judges, while analyzing this *vexata quaestio*, preliminarily asked themselves what kind of relationship exists between the Church and bishops in order to define the Holy See liability in light of article 12 of the United Nations Convention.

The article, as previously mentioned, establishes that a State cannot invoke jurisdictional immunity when the proceeding has a compensation action as its object, which regards the physical integrity of a person and when is attributable to a State.

For this reason, it appears intuitive that from the interpretation that is conferred to this formula, derives or not the exception applicability.

In order to understand what kind of liability the State would have assumed, in this case the Holy See, it was necessary to figure out in what role its officials set themselves and which duty bound them to the State.

Belgian Tribunals choose an international public law-approach, excluding the existence of a relationship between principal and its agent<sup>76</sup>, an orientation that's not shared by applicants who have repeated and proved the existence of a strict nexus between the Pope - who is in charge of the Holy See - and the bishops who are its officials<sup>77</sup>.

Considering that the immunity declaration should be a preliminary question and, so, it should overlook any assessment on the type of relationship between parties, what is really important in this comparison of opinions is the final result: according to Pavli, national Courts had preferred the Holy See's opinion without, however, explain in detail the reason for which this orientation was the most appropriate, bringing the dissenting judge to declare those judgements unreasonable and arbitrary<sup>78</sup>.

---

2021, p. 11 "In all, the national courts' examination of this issue was unjustifiably cursory, particularly given the complex questions of international law raised and the importance of these arguments for the applicants. The legal reasoning presented here does not meet the minimum level of exposition required by Article 6 of the Convention (see Ramos Nunes de Carvalho e Sá, cited above, § 185)".

<sup>76</sup> European Court of Human Rights, affaire j.c. et autres c. Belgique (Requête n. 11625/17), 12th October 2021, p. 68 and 69: " En l'espèce, l'exception au principe de l'immunité juridictionnelle des États évoquée par les requérants devant la cour d'appel était celle s'appliquant aux procédures se rapportant à une « action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel » (article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens; dans le même sens, l'article 15 de la Convention européenne sur l'immunité des États). Cette exception ne s'applique toutefois que si l'acte ou l'omission prétendument attribuable à l'État étranger « se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de [l'État du for] et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission » (article 12 précité). 69. La cour d'appel a rejeté l'applicabilité de cette exception au motif notamment que les fautes reprochées aux évêques belges ne pouvaient être attribuées au Saint-Siège, le Pape n'étant pas le commettant des évêques ; qu'en ce qui concerne les fautes reprochées directement au Saint-Siège, celles-ci n'avaient pas été commises sur le territoire belge mais à Rome ; et que ni le Pape ni le Saint-Siège n'étaient présents sur le territoire belge quand les fautes reprochées aux dirigeants de l'Église en Belgique auraient été commises. Il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle des juridictions nationales, leur appréciation sur ce point n'étant pas arbitraire ou manifestement déraisonnable".

<sup>77</sup> See Martinez L. C. Jr., Sovereign Impunity: Does the Foreign Sovereign Immunities Act Bar Lawsuits Against the Holy See in Clerical Sexual Abuse Cases? (2008), 44 Texas International Law Journal, referring to the case *O' Bryan v. Holy See*, 2005.

<sup>78</sup> Dissenting opinion Judge Pavli, 26: "At the very least, the national courts' summary approach stands at odds with the requirement under Article 6 that the applicants be given a sufficiently "specific and express

For this reason, it is interesting the American legal precedent *John V. Doe v. Holy See*<sup>79</sup>.

It is a proceeding against the Holy See for sexual abuses, in which the Oregon District Court, even if recognizing the role of State de facto, applied to the Holy See the exception under article 1605<sup>80</sup> of the Foreign Sovereign Immunities Act<sup>81</sup>, believing that, just like in *O' Bryan v. Holy See*<sup>82</sup>, the tortious conduct exception was applicable to the present case.

3. Judge Pavli dissents also from the conclusion reached by national judges on the territoriality requirement in the exception provided for in article 12. Assuming that the conducts under examination are attributable to the State with a properly justified evaluation, it would be necessary to wonder whether the other requirements established by article 12 of the Convention are reached, that is to verify if the damage occurred in the forum State with the contextual presence of the liable person in the same territory.

National Courts, in the evaluation of the omissions on the abuses' management, believed that article 1384<sup>83</sup> of the national civil code excluded the Holy See vicarious liability due to a lack of confirmation inside the regulatory provision of a figure similar to the one already existing between the Church and its officials.

Moreover, accepting the claimants' defense request, Belgian Tribunals didn't recognize the Holy See presence in Belgium at the time of the event, hence rejecting any kind of liability, even on the basis of article 12 of the United Nations Convention.

Actually, the International Law Commission in the Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property had already clarified that, with the provision by which the author of the act or the omission, the State in this case, should have been present during the *tempus commissi delicti* in the territory where the conduct occurred, the international legislator did not refer to the State as a legal person but to the State's

---

reply" (see Ramos Nunes de Carvalho e Sá, cited above, § 185). In the face of what appears to be important evidence that was ignored or not addressed, such a decision may also border on the arbitrary and unreasonable (see *Naït-Liman v. Switzerland*, cited above, § 116)".

<sup>79</sup> *Doe v. Holy See*, 557 F.3d 1066 (9th Cir. 2009).

<sup>80</sup> 8 U.S.C. § 1605(a)(5).

<sup>81</sup> Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) of 1976, 28 U.S.C. See also Gergen J.A., Human Rights and the Foreign Sovereign Immunities Act, in *Virginia Journal of International Law*, (1995), 781 ff.; Belskey A.C., Merva M., Roht-Arriaza N., Implied Waiver Under the FSIA: A proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law, (1989), in *California Law Review*, 365-415; L.G. Ferguson, C.F.B. Mcaleer JR., *Playing the Sovereign Card, Defending Foreign Sovereigns in U.S. Courts*, (2017), in *Litigation v. 43*, p. 1-6.

<sup>82</sup> *O' Bryan v. Holy See*, 556 F.3d 361 (2009).

<sup>83</sup> Art. 1384 Belgian civil code "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. [Le père et la mère sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs]. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.". Article no. 1384 establishes 3 different forms of vicarious liability: the one that regards another person's act *qualitate qua*, the one that concerns the relationship between masters and pupils, and eventually, the one between principals and people in charge.

single representative that committed the crime<sup>84</sup>.

So, in light of this analysis, it should have been appropriate for the Tribunals – according to Judge Pavli – to ask themselves whether those liable for abuses and omissions, so bishops and officials of the Belgian Catholic Church, were in Belgium during the management of the occurrences.

In compliance with international practice, what should have been noticed, according to judge Pavli, wouldn't have been the presence of the Pope or the Holy See in Belgium at the time of the events, but the mere presence of one of their officials and/or representatives.

In those circumstances, the dissenting Judge concluded by declaring the abstractness and the inaccuracy of every explanation given by national Tribunals and, as a consequence, by the European Court of Human Rights.

He asserted that those Courts did not take adequately into account the evidence brought by the claimants, violating so the article 6 ECHR, which, on the contrary, guarantees a fair trial, in any aspect<sup>85</sup>.

## Conclusions

Holy See's role, in an international level, has always been a very controversial issue due to the strict relationship with the Vatican City State.

As it represents the Pope's moral personality, the Holy See stands above the State and interacts with it in two different ways.

Sometimes it works as it is the "executive power" of the Vatican State, setting itself at the head of its government, at the top of the political and administrative choices of the State.

In these cases, considering the indistinguishability of the Holy See and the Vatican, the tendency that unifies these figures, expanding to the first one all the characteristics that relate to the latter, is peacefully accepted.

However, when the Holy See acts as the head of the Catholic Church, outside the small territorial range of the Vatican City State, it does not work anymore as an entity assimilated to the general notion of State but it behaves as an organ at the top of a religious

---

<sup>84</sup> Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, 1991, Par. 7 "The second condition, namely the presence of the author of the act or omission causing the injury or damage within the territory of the State of the forum at the time of the act or omission, has been inserted to ensure the exclusion from the application of this article of cases of transboundary injuries or trans frontier torts or damage, such as export of explosives, fireworks or dangerous substances which could explode or cause damage through negligence, inadvertence or accident. It is also clear that cases of shooting or firing across a boundary or of spill-over across the border of shelling as a result of an armed conflict are excluded from the areas covered by article 12. The article is primarily concerned with accidents occurring routinely within the territory of the State of the forum, which in many countries may still require specific waiver of State immunity to allow suits for recovering damages to proceed, even though compensation is sought from, and would ultimately be paid by, an insurance company".

<sup>85</sup> Judge Pavli, European Court of Human Rights, affaire j.c. et autres c. belgique (Requête n. 11625/17), 12th October 2021, paragraph 20 of the dissenting opinion: "I am therefore unable to conclude that the restriction of the applicants' right of access to a court was proportionate to any legitimate aims pursued or otherwise in compliance with Article 6 § 1 of the Convention".

organization that, as such, would not have – under a doctrinal orientation<sup>86</sup> – the right to be treated as a sovereign State.

Due to this subtle distinction, it is easy to understand that, in the absence of a careful analysis carried out by national and international Tribunals, the risk highlighted by doctrine is that to attribute to the Holy See all the privileges of a State without including also its responsibilities<sup>87</sup>.

For what regards the latest judgement, even though it is far from the original judgements of the Italian Courts bond to the Ferrini case, it is perfectly in line with the last international decisions on the subject<sup>88</sup>.

Without pausing excessively on the hermeneutical orientation chosen by the Court for the present case, it is observed that the final judgement derives from a flawed appeal with procedural and substantial mistakes, which didn't facilitate a favourable judgement, as asked by the applicants<sup>89</sup>.

Moreover, it is estimated that the existence of alternative remedies would have marked negatively all the procedure, because if it is true that many of them could have been used only by claiming the crimes themselves, and so the sexual abuses and not, as in the present case, the method employed to internally manage these events, it is also true that, according to the Courts' opinion, the possibility to complain directly before ecclesiastic Tribunals in the Vatican City State had never been blocked to the applicants, who would have had, at least, one alternative to stand up for their claims<sup>90</sup>.

In conclusion, although the Court considered prevailing the right to the civil jurisdictional immunity of the Holy See and recessive the right to access to a Tribunal, confirming the traditional balance already explained by the International Court of Justice in 2012, it is important to notice that in the present case, even if all the procedural and substantial mistakes were corrected, it would have been likely to observe the application of jurisdictional immunities anyway, due to the peaceful characters recognized by the Court to the Holy See, in view of the above-explained reasonings.

## REFERENCES

Araujo R. J. *The International Personality and Sovereignty of the Holy See*. Catholic University Law Review, 2001.

---

<sup>86</sup> Y. Abdullah, *The Holy See at the United Nations Conferences: State or Church?*, (1996), in *Columbia Law Review*, vol.96, n. 7, p. 1835-1875; L. Caveada, *Questioni aperte sulla presenza della Santa Sede nel diritto internazionale*, Padova, (2018), 9 ff.; M. Tommasini, *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia per la prima volta sulla questione dell'immunità della Santa Sede*, (2021), *Unione Forense per la tutela dei diritti umani*.

<sup>87</sup> See also L. Pasquet, *The Holy see as seen from Strasbourg: immune like a State but exempt from rules on State responsibility*, blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, (2021).

<sup>88</sup> *Germany v Italy; Greece Intervening*, Judgement of the International Court of Justice, 3 February 2012.

<sup>89</sup> The Court in para. 29 of the judgement of 12th October 2021, highlighted a problem in the claimants' standing to sue. It mentioned articles no. 6, 17, 18 e 702 of the Belgian civil code, affirming the claimant's lack of standing capacity to sue before the Court in relation to the internal management of the events within the Church, through the alleged "structurally deficient" method.

<sup>90</sup> See Canon Law Code, Book VII, Processes, Articles 1400 ff.



Balladore Pallieri G. Il rapporto fra Chiesa Cattolica e Stato Vaticano secondo il diritto ecclesiastico ed il diritto internazionale. *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*. Series III, v. 1, n. 3, p. 195-221, 1930.

Bankas E. *The State Immunity Controversy in International Law*. Berlin, 2005.

Battini S. È costituzionale il diritto internazionale? *Giorn. dir. amm.* n. 3, p. 368-377, 2015.

Belskey A.C., Merva M., Roht-Arriaza N. Implied Waiver Under the FSIA: A proposed exception to immunity for violations of perentory norms of international law. *California Law Review*. p. 365-415, 1989.

Bianchi A. L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international. *Revue générale de droit international public*. p. 63-101, 2004.

Bianchi A. Serious Violations of Human Rights and Foreign States, Accountability Before Municipal Courts. L. C. Vorah; F. Pocar; Y. Featherstobe *et al* (Eds.). *Man's Inhumanity to Man: essays in honour of Judge A. Cassese*. The Hague, 2002.

Blanke H. and Falkenberg L. Is There State Immunity in Cases of War Crimes Committed in the Forum State: On the Decision of the International Court of Justice (ICJ) of 3 February 2012 in Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening). *German Law Journal*. p. 1817-1850, 2013.

Bröhmer J. *State Immunity and the Violation of Human Rights*. The Hague, 1998.

Buonomo V. Considerazioni sul rapporto tra diritto canonico e diritto internazionale. Anuario de Derecho Canónico. *Revista de la Facultad de Derecho Canonico* integrada en la UCV, 2015.

Burdeau C. *Rights court: Vatican can't be sued in European Courts by sex abuse victims*, in Courthouse news, 2021.

Byrnes T. A. Sovereignty, Supranationalism, and Soft Power: The Holy See. *International Relations*, in the review of faith & international affairs, 2017.

Cammeo F. *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano (1932)*. Città del Vaticano, 2005.

Castellaneta M. Immunità della Santa Sede: prima pronuncia della CEDU sul Vaticano. *Marina Castellaneta: notizie e commenti sul diritto Internazionale e dell'Unione Europea, sezione Diritti Umani*, 2021. Available at: [http://www.marinacastellaneta.it/blog/immunita-della-santa-sede-prima-pronuncia-della-cedu-sul-vaticano.html?utm\\_source=rss&utm\\_medium=rss&utm\\_campaign=immunita-della-santa-sede-prima-pronuncia-della-cedu-sul-vaticano](http://www.marinacastellaneta.it/blog/immunita-della-santa-sede-prima-pronuncia-della-cedu-sul-vaticano.html?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=immunita-della-santa-sede-prima-pronuncia-della-cedu-sul-vaticano). Last access on 26th of April 2022.

Caveada L. *Questioni aperte sulla presenza della Santa Sede nel diritto internazionale*. Padova, 2018.

Cismas I. *Religious Actors and International Law*. Oxford, 2014.

Consolo C. Morgante V. *La Corte dell'Aja accredita la Germania dell'immunità che le Sezioni Unite avevano negato*. Corriere giuridico, 2012.

Cuniberti G. ECtHR Affirms Holy See's Jurisdictional Immunity in Sexual Abuse Case. *European Association of Private International Law Blog*, 2021. Available at: <https://eapil.org/2021/10/18/ecthr-affirms-holy-sees-jurisdictional-immunity-in-sexual-abuse-case/>. Last access on 26th of April 2022.

Cussen J. G. *The Church-State(s) Problem: The Holy See in the International Theoretical (or theological) Marketplace*, during the International Symposium on religion and Cultural Diplomacy. Rome, 2014.

De Vittor F. Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: la Convenzione di New York del 2 dicembre 2004. Lanciotti A. e Tanzi A. (Eds.). *Le immunità nel diritto internazionale*, 2007.

Di Stefano M. Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità. *Comunicazioni e Studi*. v. XXIII, Giuffrè, 207ff., 2007.

Dupuy P. e Kerbrat Y. *Droit international public*. edition XIII. Dalloz-Sirey, 2016.

Ferguson L. G.; Mcaleer C. F. B. JR. Playing the Sovereign Card, Defending Foreign Sovereigns. U.S. Courts. *Litigation*. v. 43, 2017.

Focarelli C. I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente. *Rivista di diritto internazionale*. p. 637-656, 2007.

Fox H. e Webb P. *The Law of State Immunity*. Oxford International Law Library, 2015.

Frulli M. *Immunità e crimini internazionali*. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali. Torino, 10ff., 2007.

Gergen J.A. Human Rights and the Foreign Sovereign Immunities Act. *Virginia Journal of International Law*. 781ff., 1995.

Maluwa T. The treaty-making capacity of the Holy See in theory and practice: A study of the jus tractum of a non-state entity. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. v. 20, n. 2, 1987.

Martinez L. C. Jr. "Sovereign Impunity: Does the Foreign Sovereign Immunities Act Bar Lawsuits Against the Holy See in Clerical Sexual Abuse Cases?". *44 Texas International Law Journal*. 136ff., 2008.

- Morgese M. *La garanzia dell'immunità giurisdizionale per acta iure imperii può giustificare la compressione del diritto di accesso ad un Tribunale* (art. 6.1. CEDU). L'immunità della Santa Sede per la prima volta a Strasburgo, *Judicium*, 1ff., 2022.
- Morss R. The international legal status of the Vatican/Holy See complex. *European Journal of International Law*. v. 26, issue 4, p. 927-946, 2016.
- Nigro R. *Le immunità giurisdizionali dello Stato e dei suoi organi e l'evoluzione della sovranità nel diritto internazionale*. 310 ff., 2018.
- Notaro A. Santa Sede, soggetto di diritto internazionale. *De Iustitiap*. p. 1-30, 2017.
- Padelletti M. L. L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali. *Rivista Diritti umani e diritto internazionale*. p. 353-370, 2008.
- Pasquet L. *The Holy see as seen from Strasbourg: immune like a State but exempt from rules on State responsibility*, blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, 2021. Available at: <http://www.sidiblog.org/2021/12/16/the-holy-see-as-seen-from-strasbourg-immune-like-a-state-but-exempt-from-rules-on-state-responsibility/>. Last access on 26th of April 2022.
- Paulus A. *Judgments and Separate Opinions: Complementarity and Tensions*. Speech at the Annual Seminar of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 2019.
- Pavoni R. Human Rights and Immunity of Foreign States and International Organizations. *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. E. De Wet e J. Vidimar (Eds.). Oxford, paragraph n. 4: Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations; 2012.
- Persano F. Il rapporto tra immunità statale dalla giurisdizione e norme di jus cogens: una recente pronuncia della CIG. *Responsabilità Civile e Previdenza*. n. 4, p. 1118-1131, 2012.
- Picardi N. *Alle origini della giurisdizione vaticana*. *Historia et ius*, 2012.
- Pinto de Albuquerque P; Cardamone D. Efficacia della dissenting opinion. *Questione Giustizia*. Available at: [https://www.questionegiustizia.it/data/speciale/articoli/731/qg-speciale\\_2019-1\\_27.pdf](https://www.questionegiustizia.it/data/speciale/articoli/731/qg-speciale_2019-1_27.pdf). Last access on 26th of April 2022.
- Rahman A. Church or State? The Holy See at the United Nations. *Conscience*. v. 20, n. 2, p. 2-5, 1999.
- Rivello P. P. *La Corte internazionale di Giustizia disattende le impostazioni volte a ritenere possibile un'ulteriore contrazione del principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati*, Cassazione penale, no. 6, p. 2010-2038, 2012.

Ronzitti N.; Venturini G. *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*. La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, Padova, 2008.

Ryngaert C. The Immunity of the Holy See in Sexual Abuse Cases – the ECtHR decides J.C. v. Belgium, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law Blog, 2021. Available at: <http://blog.ucall.nl/index.php/2021/11/the-immunity-of-the-holy-see-in-sexual-abuse-cases-the-ecthr-decides-j-c-v-belgium/>. Last access on 26th of April 2022.

Ryngaert C. The Legal Status of the Holy See. *Goettingen Journal of International Law*. v. 3, 830 ff., 2011.

Sapienza R. *Diritto internazionale: Casi e material*. editionIV. Turin, 2014.

Serranò G. Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionale dello Stato. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. 617 ff., 2012.

Tanzi A. *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*. La Comunità internazionale, 2015.

Tommasini M. *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia per la prima volta sulla questione dell'immunità della Santa Sede*. Unione Forense per la tutela dei diritti umani, 2021. Available at: <https://www.unionedirittiumani.it/newsletter/corte-europea-diritti-uomo-belgio-santa-sede/>. Last access on 26th of April 2022.

Van Bijsterveld S. A Typology of Dissent in Religion Cases in the Grand Chamber of the European Court of Human Rights. *Religion & Human Rights*. p. 223-231, 2017.

Van der Plas C. *ECtHR on State immunity from jurisdiction*. Jahae Raymakers, 2021.

Veronesi P. “Stati alla sbarra”? Dopo la sentenza costituzionale n. 238 del 2014. *Quad. Cost.* n. 3, p. 485-512, 2016.

Viterbo A. *I diritti fondamentali come limite all'immunità dello Stato*. Responsabilità Civile e Previdenza, 2004.

Winfield N. *European Court rejects attempt to hold Vatican liable for clerical sex abuse*. Los Angeles Times, 2021.

Yang X. *State immunity in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, history of state immunity, 2012.