

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

41.1



ISSN 2447-8709  
VOLUME 41.1, NÚMERO 1  
JANEIRO/JUNHO 2025



**EXPEDIENTE DA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – V. 41, N. 1**  
**ISSN (impresso) n. 1516-4551**  
**ISSN (eletrônico) n. 2447-8709**

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

**Editoras-Executivas:** Estela Cristina Vieira de Siqueira e Jéssica Pereira Arantes Konno Carozza

**Secretária:** Natália Carvalho Campos Azevedo.

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

**Editores associados:** Gabrielle Leal Pinto, Isabela Gonçalves Almeida, Marcello Yan de Castro e Nathália Cássia Teodoro Sousa.

**Conselho Editorial:**

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP;

Prof. Dr. Andrea Panzarola – Libera Università Mediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;

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

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

Prof. Dr. Diego Germán Mejía-Lemos – National University of Singapore – Singapura;

Prof. Dr. Fredie Didier Júnior – Universidade Federal da Bahia – UFBA;

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

Prof. Dr. João Carlos Relvão Caetano – Universidade Aberta – 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. Leonardo José Carneiro da Cunha – Universidade de Direito de Recife – UFPE;

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

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho - UFPB;

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

Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB;

Prof. Dr. Rodrigo Andrés Perez Lisicic – Universidade do Atacama – Chile;

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

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

**Pareceristas atuantes:**

Ana Silvia Marcatto Begalli  
Cyntia Pereira de Araújo  
Daiane Moura de Aguiar  
Gabriela Borba Evangelista  
Gabriela Soares Balestro  
João Paulo Salles Pinto  
Leonardo Jensen Ribeiro  
Maria Lucia Rodrigues da Cruz  
Rafael Lazzarotto Simioni  
Rafael Vieira Figueiro Sapucaia  
Régis Willyan da Silva Andrade  
Sthéfano Bruno Santos Divino  
Tássia Aparecida Gervasoni  
Wilson Antônio Steinmetz

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

**Linha editorial:** Constitucionalismo e Democracia.

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

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

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

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

**Correspondência:** Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, comentários aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser feita através do site: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/index>, ou através do e-mail: [revista@fdsu.edu.br](mailto:revista@fdsu.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.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/about/submissions>.

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

Diretor: Luiz Otávio 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 Mina

## **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. 41, n. 1 (jan./jun. 2025)**

**Semestral 2008**

**ISSN 1516-4551**

**Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.**

**Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do  
Sul de Minas.**

**Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.**

## EDITORIAL

Com singular júbilo, mas também com um renovado senso de responsabilidade, efetuamos aqui a publicação do novo número da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, vinculada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Constitucionalismo e Democracia, com o reconhecimento do conceito A3 no sistema *Qualis* da Capes.

Esse conceito coloca a revista na categoria das publicações de nível superior, um legado que, mesmo após a extinção do *Qualis*, ficará registrado na história do periódico e que marca o reconhecimento da seriedade e do compromisso de toda equipe editorial com a qualidade das publicações e da difusão do conhecimento científico no âmbito do direito.

Registramos aqui nossos agradecimentos a toda equipe de funcionários, bolsistas, taxistas, pareceristas anônimos e autores que, com brilhantismo, participaram desse grande projeto de consolidação da Revista como um dos mais importantes meios de difusão científica na área do direito constitucional e dos estudos da democracia.

Como professores e pesquisadores e pós-graduação em direito, não podemos deixar também de registrar aqui nossas profundas preocupações com as transformações pelas quais o direito constitucional, a soberania e especialmente o direito Internacional público têm sofrido nos últimos meses e gostaríamos de convocar os autores à reflexão sobre os novos limites jurídicos definidos, muitas vezes de modo violento e autoritário, pelo poder da política e pelo dinheiro da economia.

Precisamos lembrar aqui que o contrário do direito não é a obrigação, como escreveu uma vez August Comte. O contrário do direito, observou Luigi Ferrajoli, é a guerra. E o contrário da guerra não é a paz, pois a paz também exige luta, trabalho e dedicação. O contrário da guerra, escreveu o Prof. Cícero Krupp da Luz, são os direitos fundamentais e os direitos humanos. Lembrando também Carl Schmitt, a guerra nada mais é do que a continuidade da política, só que em seus extremos. O centro da política, portanto, não é o extremo da guerra, mas o núcleo político dos direitos fundamentais e humanos.

É preciso lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em 1948, não foi pensada no âmbito dos problemas de um

sistema penitenciário nacional, não foi criada para proteger direitos, como se diz no senso comum brasileiro, “de bandidos”. A declaração foi promulgada para evitar uma terceira guerra mundial. O Brasil viveu outras guerras, reais e simbólicas, travadas nas disputas políticas entre diferentes grupos, marcados pela desigualdade social e pelo oportunismo do poder – o problema bio e necropolítico da governamentalidade de Foucault.

Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que a cultura constitucional avança para pensar até mesmo em redes transnacionais de constitucionalidade, potências mundiais, guiadas por interesses econômicos escondidos por atrás do véu de mitologemas humanitários, políticos e de segurança nacional, estão fragilizando conquistas civilizacionais que a experiência autoritária das duas guerras no século 20 nos legaram.

A situação apresenta indícios de maior gravidade em razão do momento histórico que nós vivemos, um momento marcado pelo desencantamento dos ideais da modernidade e das utopias políticas do século XX. Uma rápida olhada histórica no século XX nos mostra como as lutas políticas eram bem definidas entre capitalismo liberal e socialismo, depois entre neoliberalismo e democracia social, até o ano de 2008, marco histórico no qual a crise do mercado imobiliário norte-americano levou à miséria grupos sociais inteiros, que naquela situação já não estavam mais dispostos a pensar em projetos políticos e em direitos, mas em buscar uma alternativa que pudesse abrir um caminho diferente, seja lá o que ele fosse.

Esse caminho hoje pode ser chamado, apesar das divergências e da diversidade de perspectivas, de um “nacionalismo ultraliberal”, cujo outro lado não é mais uma utopia socialista, que ruiu com a queda do muro de Berlim em 1989, ou social democrática, que com exceção de alguns países centrais da Europa, tiveram que conviver com a necessidade contraditória e politicamente frustrante de “salvar bancos”, sem salvar grupos sociais inteiros entregues à própria miséria – outro problema global que nós não vimos aqui no Brasil porque na época, como disse o então presidente, a crise aqui foi apenas uma “marolinha”. A marola, no entanto, virou maremoto em 2013, com os protestos de junho e a escalada nacionalista ultraliberal também no Brasil.

O outro lado do nacionalismo ultraliberal não é mais o neoliberalismo de globalização dos anos 90 e 2000. É o silêncio ou um grito mudo, mas justamente por ser um silêncio, é também um espaço aberto de novas possibilidades esperando para

serem organizadas, estruturadas e formalizadas. É papel da Universidade contribuir para essa construção de novas alternativas de futuro, porque riqueza é sinônimo de possibilidades. Sem diversidade de possibilidades nosso futuro não tem riqueza. É um futuro pobre, vazio, uma distopia.

O contrário da distopia não é a realidade. O contrário da distopia é a utopia: um espaço imaginário desejado, que não existe na realidade, mas apenas na imaginação como algo desejável para o futuro. A distopia também é um espaço imaginário, também não existe na realidade, só que é um imaginário não desejado, que precisa ser evitado.

Um mundo com poucas possibilidades de futuro, limitado a uma visão nacionalista ultraliberal, não é capaz de utopia e talvez por isso vivemos hoje oscilando entre tantos imaginários distópicos, de um lado, e “realidades” heterotópicas, de outro. Com efeito, o contrário da utopia, ensinava Foucault, não é a realidade, tampouco a distopia, mas sim a heterotopia. Ou seja: o “lugar outro”, aquele espaço real sobre o qual as regras são outras, o direito é outro, a lógica é outra. Heterotopias são espaços de exceção, como campos de concentração, materiais ou simbólicos (mas igualmente reais), dentro dos quais admite-se a exceção, as outras regras, o “direito outro”.

Jürgen Habermas, que deixou esse mundo no dia 14/03/2026, ajudou-nos a pensar nesse desbloqueio das estruturas sociais dominadas pelos mecanismos de integração sistêmica (dinheiro e poder) para abrir novas possibilidades de futuro. O direito, para ele, não é somente ou exclusivamente uma estrutura ideológica de produção e reprodução do poder das classes dominantes sobre as classes dominadas, como geralmente aparece na tradição do pensamento crítico, mas sim uma estrutura singular da sociedade, capaz de estabelecer a mediação entre integração sistêmica e integração social, ou seja, a mediação da tensão entre facticidade e validade, entre a racionalidade instrumental-estratégica do dinheiro e do poder e a razão normativa do *lebenswelt*, entre Estado de Direito e legitimidade democrática, entre constitucionalismo e democracia.

Tantos outros pensadores contemporâneos importantes têm se debruçado sobre o assunto e é preciso não perder os fios da história, as redes históricas que contribuíram para a formação das estruturas sociais que sustentam nossa forma de vida. Não é apenas um projeto político que está em jogo nessa quadra da história: está em jogo nosso projeto civilizacional, em um perigoso contexto histórico no qual

sequer sabemos o que realmente queremos para o futuro, face o esgotamento dos ideais da modernidade e da ruína das utopias.

É papel da universidade repensar o direito nesse contexto de profundas transformações políticas. Desbloquear novas possibilidades de futuro, estabelecer distinções, produzir diferenciações, reconhecer as diferenças e trabalhar pela ampliação dos direitos fundamentais parecem ser tarefas urgentes e potencialmente capazes de abrir novos caminhos, cuja jornada não possui mapas ou GPS.

Como dizia Edgard Morin, o pensamento científico é realmente uma aventura sobre um terreno de alta complexidade. No mundo não há coisas simples, mas apenas simplificações de uma realidade que é sempre muito complexa.

Rafael Lazzarotto Simioni

*Editor-Chefe da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM*

## APRESENTAÇÃO

A presente edição da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, volume 41, número 1, reúne contribuições que dialogam com alguns dos desafios mais relevantes enfrentados pelo direito contemporâneo. Em um contexto marcado por transformações sociais, políticas e institucionais (ou, por vezes, pela urgente necessidade delas) cada vez mais aceleradas e frequentemente controversas, a produção científica na área jurídica assume papel fundamental na análise crítica dos fenômenos normativos, institucionais e sociais que atravessam as democracias contemporâneas, em um mundo que, paradoxalmente, apesar dos avanços conquistados ao longo do último século, parece não ter aprendido plenamente com os erros do passado.

Se, por um lado, em uma visão simplificada, o direito pode ser compreendido como sistema de organização e regulação da vida social, por outro, ele também se

apresenta como espaço permanente de reflexão crítica sobre os limites da legalidade, da legitimidade das decisões institucionais e das dinâmicas políticas que inevitavelmente atravessam sua formulação e aplicação. Nesse contexto, e em um cenário global marcado por crises ambientais, tensões institucionais, transformações tecnológicas e disputas renovadas em torno da proteção dos direitos fundamentais, torna-se ainda mais evidente a necessidade de um diálogo contínuo entre teoria jurídica, prática institucional e os desafios concretos, normativos, estruturais (e, em grande medida, *civilizatórios*), do tempo presente.

É nesse horizonte de inquietações jurídicas e de estruturas de poder que se insere a presente edição, reunindo pesquisas que abordam questões relacionadas ao direito ambiental, à proteção social, à teoria do direito e à interpretação constitucional, evidenciando a pluralidade temática e metodológica que caracteriza a produção jurídica contemporânea e orienta a política editorial desta Revista.

O primeiro artigo da edição, **Descaracterização de barragens de rejeitos de mineração no Estado de Minas Gerais: insegurança jurídica**, de Silvia de Freitas Xavier, Antônio Maria Claret Gouveia, Kerley dos Santos Alves e Aline Pereira Leite Nunes, insere-se no debate jurídico intensificado após os desastres ambientais que marcaram a história recente da mineração no Brasil. O trabalho analisa os desafios jurídicos relacionados à descaracterização de barragens de rejeitos, investigando as tensões normativas e institucionais existentes no processo regulatório e evidenciando como lacunas e ambiguidades legislativas podem gerar cenários de insegurança jurídica no setor minerário. Ao discutir o papel das normas ambientais, da atividade regulatória e dos mecanismos de fiscalização estatal, o artigo contribui para a reflexão sobre governança ambiental e responsabilidade socioambiental no Brasil.

Na sequência, o artigo **A previdência social à luz dos princípios constitucionais: considerações sobre o auxílio-reclusão**, de Ícaro Argolo Ferreira, Darlos Freire e Sara Santos Moraes, analisa o benefício do auxílio-reclusão no contexto do sistema previdenciário brasileiro, examinando sua conformação à luz dos princípios constitucionais que estruturam a seguridade social. Em meio a debates públicos frequentemente marcados por simplificações e desinformação, os autores retomam os fundamentos constitucionais do sistema previdenciário e examinam o instituto à luz dos princípios que estruturam a seguridade social. O estudo contribui para a compreensão jurídica do benefício e reafirma a importância da proteção social

garantida aos dependentes do segurado no contexto do modelo de Estado Social consagrado pela Constituição de 1988.

O terceiro artigo da edição, **Uma alternativa para o empirismo na teoria do direito: inovação, criatividade e experiência**, de Leonardo Monteiro Crespo de Almeida, desloca o foco da discussão para o plano da teoria do direito, propondo uma reflexão filosófica sobre os limites das abordagens empiristas na compreensão do fenômeno jurídico. Ao dialogar com diferentes tradições do pensamento jurídico e filosófico, o autor investiga como conceitos como inovação, criatividade e experiência podem contribuir para uma compreensão mais ampla do processo de construção do conhecimento jurídico, questionando abordagens que reduzem a experiência jurídica a uma dimensão meramente descritiva ou instrumental.

Já o artigo **Reconhecimento, gênero e jurisprudência constitucional: caso ADO 26 e UKSC 2024/0042**, de Sara Azevedo de Matos e Walter Claudius Rothenburg, insere-se em um dos debates mais relevantes do constitucionalismo contemporâneo: o reconhecimento jurídico de identidades e a proteção contra discriminações estruturais. A partir de uma análise comparativa entre decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte do Reino Unido, os autores examinam como diferentes tradições constitucionais mobilizam concepções distintas de igualdade e inclusão. Amparado na teoria crítica do direito, nas teorias do reconhecimento e nos estudos de gênero, o trabalho investiga os limites da pretensa neutralidade jurídica e discute como categorias jurídicas podem tanto produzir reconhecimento quanto reproduzir exclusões. O artigo também dialoga com abordagens interseccionais da desigualdade, explorando como marcadores como gênero, raça e sexualidade influenciam a interpretação constitucional e os efeitos das decisões judiciais, especialmente no que se refere à proteção de identidades trans.

O artigo **efeitos da resolução nº 547/2024 do cnj nas execuções fiscais de baixo valor: um estudo empírico na comarca de mossoró/rn**, de Adaeilson pinho de araujo e Manuel José do nascimento neto, expõe que a execução fiscal é um relevante instrumento de arrecadação de créditos fiscais para a efetividade das políticas públicas no Brasil. OS AUTORES ANALISAM A RESOLUÇÃO Nº 547/2024 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E DISCUTEM AS NOVAS COBRANÇAS DE CRÉDITOS DE BAIXO VALOR E INCENTIVO MEIOS ALTERNATIVOS DE RECUPERAÇÃO, COM VISTAS À DESJUDICALIZAÇÃO.

Encerrando a seção de artigos, o trabalho ***Modern prohibition of non liquet and the exception: contingency formula for decision and development of the paradoxes of the legal system***, de Leonel Severo Rocha e João Paulo Salles Pinto, propõe uma reflexão teórica aprofundada sobre os fundamentos da decisão judicial no direito contemporâneo. Amparado na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de **Niklas Luhmann** e em uma abordagem pragmático-sistêmica, o trabalho revisita historicamente a proibição do *non liquet*, entendida como a vedação da recusa judicial em decidir, para demonstrar que ela opera como um mecanismo estrutural por meio do qual o sistema jurídico administra seus próprios paradoxos decisórios. Ao situar os tribunais como organizações centrais do sistema jurídico, obrigadas a decidir mesmo diante de situações de indeterminação normativa, os autores argumentam que a proibição da denegação de justiça transforma a indecidibilidade em decidibilidade institucionalizada, assegurando a continuidade comunicativa do direito em contextos de crescente complexidade social. O estudo dialoga ainda com debates contemporâneos sobre exceção, teoria da decisão e diferenciação funcional do direito, oferecendo uma leitura inovadora sobre o papel estrutural das cortes na estabilização das operações do sistema jurídico.

A edição também conta com a resenha **Censura por toda parte: os bastidores jurídicos do inquérito das fake news e a nova onda repressora que assola o Brasil**, de Edson Luís Rezende Vasconcellos, que apresenta uma análise crítica da obra dedicada à investigação dos aspectos jurídicos e institucionais do chamado inquérito das *fake news* no Brasil. A resenha contribui para o debate contemporâneo sobre liberdade de expressão, limites da atuação jurisdicional e os desafios democráticos associados à regulação da desinformação e à proteção das instituições.

Por fim, a seção de textos convidados apresenta a resenha **Direito antijurídico? Resenha da obra ‘Rechtswidriges Recht’ (2024) de Rodrigo G. Cadore**, de Ari Marcelo Sólton, que examina o debate teórico relacionado à tradição da Escola de Viena e às discussões sobre a relação entre ciência jurídica, validade normativa e interpretação do direito. O texto oferece ao leitor uma reflexão aprofundada sobre temas clássicos da teoria jurídica e evidencia a permanência e a atualidade dessas discussões para a compreensão contemporânea do fenômeno jurídico.

Ao reunir trabalhos que transitam entre diferentes campos do pensamento jurídico, esta edição reafirma o compromisso da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas com a difusão qualificada do conhecimento científico e com o fortalecimento de um debate jurídico crítico, plural e intelectualmente rigoroso. Em um contexto marcado por transformações sociais, institucionais e tecnológicas que desafiam continuamente as formas tradicionais de compreensão do direito, a produção acadêmica assume papel essencial não apenas na análise das estruturas normativas vigentes, mas também na problematização de seus limites, de suas tensões internas e de suas possibilidades de transformação.

Mais do que registrar discussões teóricas ou resultados de pesquisa, os trabalhos aqui reunidos contribuem para ampliar os horizontes interpretativos do direito e para estimular reflexões capazes de iluminar caminhos mais consistentes para a realização da justiça, da democracia e da proteção de direitos. Esperamos, assim, que esta edição possa fomentar novas perguntas, incentivar o aprofundamento do debate jurídico e oferecer aos leitores uma experiência de leitura instigante e intelectualmente provocativa.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

*Estela Cristina Vieira de Siqueira*

*Editora Executiva da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*

## SUMÁRIO / CONTENTS

|  |            |
|--|------------|
| <b>Editorial .....</b>   | <b>1</b>   |
| <b>Apresentação .....</b>  | <b>4</b>   |
| <b>Descaracterização de Barragens de Rejeitos de Mineração em Minas Gerais:<br/>Insegurança Jurídica.....</b>  | <b>10</b>  |
| <i>Discharacterization of Mining Tailings Dans in the State of Minas Gerais: Legal Uncertainty.</i><br>Silvia de Freitas Xavier • Antonio Maria Claret Gouveia • Kerley dos Santos Alves • Aline Pereira Leite Nunes |            |
| <b>A Previdência Social e os Princípios Constitucionais:<br/>Considerações sobre o auxílio<br/>reclusão.....</b>   | <b>32</b>  |
| <i>Social Security and Constitucional principles: considerations about reclusion aid.</i><br>Ícaro Argolo Ferreira • Darlos Freire • Sara Santos Moraes  |            |
| <b>Uma Alternativa para o Empirismo na teoria do Direito:<br/>Inovação, Criatividade e Experiência.....</b>  | <b>50</b>  |
| <i>An Alternative to empiricism in Legal Theory: Innovation, Creativity and Experience</i><br>Leonardo Monteiro Crespo de Almeida  |            |
| <b>Reconhecimento, Gênero e Jurisprudência Constitucional:<br/>Caso ADO 26 d UKSC 2024/0042 .....</b>  | <b>74</b>  |
| <i>Recognition, Gender and Constitutional Jurisprudence: Case ADO 26 and UKSC 2024/0042</i><br>Sara Azevedo de Matos • Walter Claudius Rothernburg   |            |
| <b>Modern Prohibition of non Liqueur and the exception:<br/>Contingency formula for decision and development of the paradoxes of the legal<br/>system.....</b>   | <b>95</b>  |
| <i>Leonel Severo Rocha • João Salles Pinto</i>   |            |
| <b>Censura por toda parte: os bastidores jurídicos do inquérito das fake news e a nova<br/>onda repressora que assola o Brasil Autor do Livro: André Marsiglia.....</b>  | <b>117</b> |
| <i>Censure Everywhere: The Legal Background of the Fake News Inquiry and the Repression Wave that Ravages Brazil Author of the Book: André Marsiglia</i><br>Edson Luís Rezende Vasconcellos                          |            |
| <b>Direito Antijurídico? Resenha da Obra “Rechtswidriges” (2024) de Rodrigo G.<br/>Cadore .....</b>  | <b>127</b> |
| <i>Unlawful Law? A Review of Rodrigo G. Cadore’s “Rechtswidriges Rechet” (2024)</i><br>Ari Marcelo Sólón   |            |
| <b>Efeitos da Resolução N° 547/2024 do CNJ nas execuções fiscais de baixo valor:<br/>um estudo empírico na comarca de<br/>Mossoró/RN.....</b>  | <b>147</b> |
| <i>Effects of CNJ Resolution N° 547/2024 on Low-Value Tax Enforcement proceedings: Empirical Study in the Judicial District of Mossoró/RN</i><br>Adailson Pinho de Araújo • Manuel José do Nascimento Neto           |            |

## DESCARACTERIZAÇÃO DE BARRAGENS DE REJEITOS DE MINERAÇÃO EM MINAS GERAIS: INSEGURANÇA JURÍDICA

## DISCHARACTERIZATION OF MINING TAILINGS DAMS IN THE STATE OF MINAS GERAIS: LEGAL UNCERTAINTY

*Silvia de Freitas Xavier<sup>1</sup>*

*Antonio Maria Claret Gouveia<sup>2</sup>*

*Kerley dos Santos Alves<sup>3</sup>*

*Aline Pereira Leite Nunes<sup>4</sup>*

### RESUMO

O presente artigo analisa o conflito normativo entre a legislação federal e a do Estado de Minas Gerais quanto ao prazo para descaracterização de barragens de mineração alteadas pelo método a montante, à luz da repartição constitucional de competências em matéria ambiental. A partir de pesquisa documental e análise qualitativa de atos normativos e institucionais, evidencia-se o cenário de insegurança jurídica gerado pelas soluções adotadas em âmbito estadual, mesmo diante da comprovação de inviabilidade técnica de cumprimento do prazo previsto pela Política Estadual de Segurança de Barragens. São examinados os posicionamentos da Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, do Ministério Público de Minas Gerais, do Tribunal de Justiça e da Assembleia Legislativa. Como resultado, propõe-se alterações na legislação em vigor, de modo a reestabelecer a segurança jurídica.

Palavras-chave: barragens de rejeitos; descaracterização; prazos; conflito de competência; segurança jurídica.

### ABSTRACT

This article analyzes the normative conflict between federal legislation and the legislation of the State of Minas Gerais regarding the deadline for the decharacterization of upstream tailings dams, in light of the constitutional distribution of environmental competencies. Based on documental research and qualitative analysis of normative and institutional acts, the study

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Mestranda em Sustentabilidade Sócioeconômica Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0205072026680354>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8628-079X>. e-mail: [silviafx@gmail.com](mailto:silviafx@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestre em Engenharia Civil pela Escola de Engenharia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Engenharia Civil pela COPPE-PEC da Universidade Federal do Rio de Janeiro. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/0919004072594619>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9924-7676>. E-mail: [amclaretgouveia@gmail.com](mailto:amclaretgouveia@gmail.com)

<sup>3</sup> Pós-doutora em Ciências Sociais pelo Centro de Estudos sobre Democracia, Cidadania e Direito do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/0155112780470566>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6215-3457>. E-mail: [kerley@ufop.edu.br](mailto:kerley@ufop.edu.br)

<sup>4</sup> Graduada em Engenharia de Minas pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e doutora em Engenharia Metalúrgica e de Minas pela Universidade Federal de Minas Gerais. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/8535313996764809>. E-mail: [aline.nunes@ibram.org.br](mailto:aline.nunes@ibram.org.br)

---

highlights the legal uncertainty created by the solutions adopted at the state level, even in the face of proven technical infeasibility of meeting the deadline established by the State Dam Safety Policy. The positions of the State Secretariat for Environment and Sustainable Development, the Public Prosecutor's Office of Minas Gerais, the Court of Justice, and the Legislative Assembly are examined. As a result, proposals for changes to the current legislation are made to reestablish legal certainty.

Keywords: tailings dams; decharacterization; deadlines; competence conflict; legal certainty.

## INTRODUÇÃO

Em decorrência dos fatos ocorridos em duas barragens de rejeitos de mineração alteadas a montante no Estado de Minas Gerais – barragem de Fundão, em Mariana (rompimento em 2015) e barragem da Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho (rompimento em 2019) – foi aprovada a Lei nº 23.291, de 25 de fevereiro de 2019, que instituiu a Política Estadual de Segurança de Barragens (PESB) de Minas Gerais<sup>5</sup>.

A PESB ampliou as exigências para o licenciamento ambiental de barragens, proibindo a concessão de licença ambiental de operação ou ampliação de barragens destinadas à acumulação ou à disposição de rejeitos ou resíduos que utilizem o método de alteamento a montante. Além disso, determinou que o empreendedor responsável por estrutura alteada a montante em operação no Estado deveria promover a migração para tecnologia alternativa e efetuar a descaracterização da barragem no prazo de até três anos contados da data de publicação da Lei. Este prazo se encerrou no dia 25 de fevereiro de 2022 (art. 13).

Após a publicação da PESB, foi criada a Lei Federal nº 14.066, de 30 de setembro de 2020<sup>6</sup>, que alterou a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), instituída pela Lei Federal nº 12.334, de 20 de setembro de 2010<sup>7</sup>. Entre as diversas modificações, a PNSB proibiu a construção ou o alteamento de barragem de mineração a montante e determinou que os empreendedores proprietários de barragens em operação que utilizaram este método construtivo deveriam concluir a descaracterização da estrutura até 25 de fevereiro de 2022, em conformidade com a solução técnica exigida pela Agência Nacional de Mineração (ANM) e pelo órgão ambiental licenciador. Caso fosse verificada a inviabilidade técnica para a execução da descaracterização da barragem

---

<sup>5</sup> MINAS GERAIS. *Lei nº 23.291, de 25 de fevereiro de 2019*. Institui a política estadual de segurança de barragens. Belo Horizonte, MG; 2019.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 14.066, de 30 de setembro de 2020*. Altera a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), a Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, que cria o Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, e o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Brasília, DF; 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Brasília, DF; 2010.

dentro deste período, a ANM poderia prorrogar este prazo desde que a decisão fosse tomada para cada estrutura e referendada pelo órgão ambiental licenciador (art. 2º-A).

De acordo com a regra constitucional de repartição de competência, a União, os Estados e o Distrito Federal podem legislar sobre a proteção do meio ambiente e o controle da poluição. Cabe à União estabelecer normas gerais, que podem ser suplementadas pelos Estados e pelo Distrito Federal. Na ausência de legislação federal, o Estado pode legislar sobre a matéria de forma plena<sup>8</sup> (art. 24).

Apesar de a Lei Federal nº 14.066, de 2020, ser posterior à Lei Estadual nº 23.291, de 2019, a Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais (SEMAD) e o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) entenderam<sup>9</sup> que o texto da PESB deveria prevalecer para as estruturas localizadas no Estado, aparentemente contrariando o disposto no art. 24 da Constituição Federal de 1988.

O prazo de 25 de fevereiro de 2022, previsto nas duas leis, mostrou-se inviável para que a descaracterização de diversas estruturas fosse realizada de forma segura. Dentro deste prazo, apenas 5 das 46 estruturas a montante situadas no estado de Minas Gerais foram descaracterizadas, conforme relatório trimestral da ANM<sup>10</sup>. Os responsáveis pelas barragens inalteradas foram convocados pelo Ministério Público de Minas Gerais para a assinatura de um Termo de Compromisso (TC)<sup>11</sup>.

Por meio dos Termos de Compromisso (TC) foram estabelecidas condições e prazos específicos para a descaracterização de cada estrutura, sob pena de sanções como indenizações a título de dano moral coletivo e outras medidas de segurança. Estudo elaborado pela Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia (FDTE)<sup>12</sup>, em 2021, para a Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM), opina pela inadequação do prazo inicial definido pela PESB, em virtude do volume de rejeito armazenado, do tamanho do reservatório e do fator de segurança das estruturas, de certo modo justificando o inadimplemento da obrigação legal por parte dos responsáveis por 41 barragens no Estado.

Deve-se acrescentar que os TC não se sobrepõem ao comando legal da PESB, configurando-se uma situação de ilegalidade da parte dos empreendedores. Entretanto, os Termos de Compromisso vieram a constituir importante aspecto do regime jurídico da descaracterização de barragens alteadas a montante. Além disso, a penalidade prevista na PESB, em caso de seu descumprimento<sup>13</sup>, não foi aplicada aos empreendedores que assinaram tais Termos<sup>14</sup>, o que pode ser interpretado como um

---

<sup>8</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República; 1988.

<sup>9</sup> Nos Termos de Compromisso firmados com as mineradoras que possuíam barragens alteadas a montante em Minas Gerais e que não conseguiram efetuar a descaracterização das estruturas no prazo previsto pela PESB, não é prevista a possibilidade de prorrogação de que trata a PNSB.

<sup>10</sup> ANM. *Report Trimestral de Descaracterização de Barragens a Montante* – Fev. 2022.

<sup>11</sup> AGÊNCIA MINAS. *Governo de Minas e Ministério Público firmam Termo de Compromisso com mineradoras para garantir a descaracterização de barragens*. 2022.

<sup>12</sup> FDTE. *Avaliação Ambiental Integrada das obras de descaracterização de barragens de rejeito alteadas pelo método a montante no Estado de Minas Gerais*. 2021.

<sup>13</sup> MINAS GERAIS, 2019, art. 27.

<sup>14</sup> MPMG. *Termos de Compromisso ALCOA, AMG, ArcelorMittal, CSN, Gerdau, Herculano, Itaminas, Minerita, Morro do Ipê, Mosaic, Nacional de Grafite, NAMISA, SAFM, Usiminas e Vale*. 2022.

reconhecimento da inadequação do prazo da PESB.

Por outro lado, no contexto nacional, o conflito entre os textos da PESB e da PNSB ainda fere o Princípio da Isonomia, uma vez que aos empreendedores de barragens na mesma situação localizadas em outros estados do país foi permitida a prorrogação do prazo para a descaracterização em sintonia com a PNSB.

Este artigo adota uma abordagem metodológica documental e qualitativa de atos normativos e institucionais e tem como objetivo analisar juridicamente o conflito entre a PESB e a PNSB quanto ao prazo para descaracterização de barragens alteadas a montante em Minas Gerais, com ênfase na regra constitucional de repartição de competência, à luz do princípio da segurança jurídica e da interpretação constitucional, bem como a solução encontrada pelos representantes dos entes federativos para o caso em análise.

### *Barragens de rejeitos*

A atividade de mineração gera uma grande quantidade de rejeitos, que são “sobras” que não fazem parte do objeto econômico da mineradora naquele momento. De acordo com a Deliberação Normativa COPAM nº 62, de 17 de dezembro de 2002, rejeito é “material descartado, resultante do processo de beneficiamento do minério (lavagem, moagem, britagem, tratamento químico, etc.)”<sup>15</sup>. Para a ANM, rejeito é “material descartado durante e/ou após o processo de beneficiamento”<sup>16</sup>.

A PNSB<sup>17</sup> define barragem como:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

...

I - barragem: qualquer estrutura construída dentro ou fora de um curso permanente ou temporário de água, em talvegue ou em cava exaurida com dique, para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas;

As barragens de rejeitos de mineração são estruturas complexas e dinâmicas que exigem cuidados especiais na fase de projeto, instalação, operação, manutenção das estruturas e descomissionamento<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM). Deliberação Normativa COPAM nº 62, de 17 de dezembro de 2002. *Dispõe sobre critérios de classificação de barragens de contenção de rejeitos, de resíduos e de reservatório de água em empreendimentos industriais e de mineração no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, MG, 2002, art. 1º.

<sup>16</sup> Agência Nacional de Mineração (ANM). Resolução nº 85, de 2 de dezembro de 2021. *Dispõe sobre procedimentos para o aproveitamento de rejeitos e estéréis*. Brasília, DF, 2021, art. 1º.

<sup>17</sup> BRASIL, 2020, art. 2º.

<sup>18</sup> DUARTE, Anderson Pires. *Classificação das barragens de contenção de rejeitos de mineração e de resíduos industriais no estado de Minas Gerais em relação ao potencial de risco*. 2008, p.16

## Repartição de competência e conflito de normas

A repartição de competência, prevista na Constituição Federal, é a atribuição conferida a cada ente federativo para legislar e administrar. De acordo com Padilha<sup>19</sup>, é necessário repartir competências no texto constitucional “por não haver hierarquia entre os entes federados, e para garantir-lhes a autonomia”.

A competência comum ou competência administrativa está prevista no art. 23 da Constituição Federal de 1988. O inciso VI deste artigo estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para tratar da proteção ao meio ambiente e do combate à poluição em qualquer uma de suas formas. No parágrafo único do referido dispositivo há a determinação de que uma Lei Complementar seria a responsável por fixar as normas para a cooperação entre os entes para exercer a competência comum<sup>20</sup>. Em cumprimento ao parágrafo único desse artigo, essa competência ambiental foi regulada pela Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011<sup>21</sup>.

Estabelece-se, pela competência administrativa, situações em que todos os entes políticos, em atuação conjunta, precisam agir sobre determinadas matérias<sup>22</sup>. Ferreira Filho<sup>23</sup> reconhece a existência de campos comuns de ação administrativa em que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem cuidar do cumprimento das leis.

Aqui já se prevê, em rápida análise, que os entes federativos ocasionalmente podem vir a estar em situação de conflito, uma vez que os limites das situações fáticas alcançadas pelas legislações que deles emanam podem ser ultrapassados.

O conflito entre os textos da PESB e da PNSB enquadra-se na situação em que a União precisa editar norma geral para tratar da matéria, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal suplementá-la, caso haja necessidade, ou seja, legislar em conformidade com os limites estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

|            | PESB            | PNSB                    |
|------------|-----------------|-------------------------|
| Prazo para | Até 25/02/2022. | Até 25/02/2022, podendo |

<sup>19</sup> PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 410.

<sup>20</sup> BRASIL, 1988, art. 23.

<sup>21</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011*. Fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum. Brasília, DF; 2011.

<sup>22</sup> PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método; 2018, p. 416.

<sup>23</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 54.

|  |   |  |
|--|---|--|
| descaracterização de barragens alteadas a montante.  |   | ser prorrogado em caso de inviabilidade técnica pela ANM, desde que a decisão fosse tomada para cada estrutura e referendada pelo órgão ambiental licenciador. |
| Competência  | Norma suplementar.  | Norma geral.   |
| Penalidades pelo não cumprimento do prazo de descaracterização de barragens alteadas a montante. | Suspensão imediata das licenças ambientais, além da aplicação de outras sanções civis, administrativas e penais estabelecidas na legislação ambiental em vigor. | Embargo ou de suspensão de atividade do complexo minerário.  |

**Quadro 1** – Comparativo entre a PESB e a PNSB

Fonte: Elaboração própria.

No âmbito da competência concorrente, União, Estados e Distrito Federal podem legislar sobre a proteção do meio ambiente e o controle da poluição, mas cada um em seu âmbito de atuação. Dessa forma, cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados e ao Distrito Federal, suplementá-las, preenchendo eventuais lacunas deixadas pela legislação federal.

Mais uma vez, na seara da repartição de competência, vislumbra-se uma situação que pode ser matriz de conflitos, qual seja, inexistindo legislação federal que estabeleça as regras gerais, o Estado poderá legislar sobre a matéria de forma plena. Sobrevindo a norma geral (art. 24, §3º), a norma supletiva precursora perde eficácia (art. 24, §4º) e o conflito se agrava diante de interpretações diversas do que é geral e do que é supletivo<sup>24</sup>. Ferreira Filho<sup>25</sup> sugere que essa perda de eficácia é imediata, bastante a edição da lei federal geral. Entretanto, muitas situações fáticas demonstram o contrário, ajudando pouco a conceituação da generalidade destas normas (Branco e Mendes<sup>26</sup>, Bim e Farias<sup>27</sup>; Greco<sup>28</sup>).

Não se pode situar os conflitos de competências apenas no campo da conceituação do que é geral e do que é supletivo ou particular. Ao fundo desses conflitos, se observa uma “luta pelo poder” que é bem caracterizada no texto para discussão de Lopreato<sup>29</sup> escrito sob a perspectiva da origem e evolução do federalismo brasileiro:

As características comuns das relações do centro com os governos subnacionais, no tempo, merecem destaque. (A) União ocupa posição nuclear no pacto de

<sup>24</sup> BRASIL, 1988, art. 24.

<sup>25</sup> FERREIRA FILHO, 2020, p. 48.

<sup>26</sup> BRANCO Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional - Série IDP - 19ª Edição 2024*. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. p.968.

<sup>27</sup> BIM, Eduardo Fortunado; FARIAS, Talden. Competência ambiental legislativa e administrativa. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 208, p. 207, out./dez. 2015.

<sup>28</sup> GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 135-152, out./dez. 1992.

<sup>29</sup> LOPREATO, Francisco Luiz. *Federalismo brasileiro: origem, evolução, desafios*. Instituto de Economia Unicamp. Jul. 2020.

poder e os governos subnacionais atuam na composição do arranjo político e na sustentação da integridade do espaço territorial. A força do governo central no processo de constituição do Estado brasileiro o colocou como a instância responsável por regular e traçar as linhas gerais de atuação em diferentes áreas. Este princípio consolidou-se nas etapas seguintes, com a esfera federal exercendo papel proeminente, mas não absoluto, na definição dos caminhos a serem seguidos, mesmo quando alterações do ciclo político reforçam o poder dos governos subnacionais.

Merece menção o contexto em que esses conflitos se instalaram e tornaram-se mais intensos: de clamor social refletido pela mídia. No caso das barragens, a PESB e a PNSB surgem em momentos de grande demanda de ação da União e do Estado para impedir a ocorrência de novos desastres e garantir a segurança da sociedade. Estes entes, por meio de diferentes atores, notadamente os órgãos ambientais e o Ministério Público, se apressaram em evitar que a responsabilidade por dois acidentes envolvendo barragens de rejeitos de mineração lhes fossem atribuídas, ainda que indiretamente. E o Estado de Minas Gerais, mais próximo desses eventos desastrosos, antecedeu a União na regulação da matéria.

Se normas exaradas com base em competências distintas, vale dizer pela União e pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios, se revelam em conflito a ponto de atingirem o nível da impossibilidade concreta de produzirem efeitos jurídicos, sua eficácia pode ser suspensa em controle de constitucionalidade<sup>30</sup>.

A solução do conflito de competências proposta pelo Direito teoricamente existe e se sustenta na Constituição. Porém, as situações fáticas já concretizadas no tempo, escapam por essa via – do tempo, e conseqüentemente, da urgência – do controle dos entes federativos, ensejando defesas construídas no espaço hermenêutico que tanto enriquece o Direito e onde se erige a defesa feita nesse artigo.

### *Conflito entre a PESB e a PNSB: prazo para descaracterização de barragens*

Caracterizado o conflito entre a PESB e a PNSB, recentemente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), considerou vazio o interesse de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>31</sup> que se fundava sobre a querela entre a norma geral posterior (PNSB) e a norma supletiva anterior (PESB) quanto ao prazo a ser aplicado para a descaracterização das estruturas a montante localizadas no estado de Minas Gerais, ou seja, matéria ambiental, pretendendo a manutenção da força da norma supletiva. Com simplicidade objetiva, decidiu o TJMG pela aplicação da letra do art. 24, § 4º, da Constituição Federal de 1988, pela qual a perda de eficácia da norma supletiva é tácita.

<sup>30</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva; 2019.

<sup>31</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.22.019270-2/000.2022*. 2022.

Apesar desta decisão, o Estado de Minas Gerais adotou o critério de prevalência da norma mais restritiva<sup>32</sup> e impediu a prorrogação do prazo de descaracterização das estruturas alteadas a montante na esfera administrativa, inclusive nos casos de inviabilidade técnica, em que havia permissão expressa pela PNSB.

Com efeito, a norma que garantia maior proteção ao objeto tutelado deveria ser aplicada<sup>33</sup>. É no que consiste o critério prevalência da norma mais restritiva nesses casos. Há autores que caminham nessa questão reconhecendo o princípio *in dubio pro natura* que busca a melhor garantia do direito fundamental tutelado por via da norma mais restritiva. Mas, não descuidam de outros direitos fundamentais implicados na mesma questão e, nesta seara, reconhecem que seria “maniqueísmo simplório achar que de um lado está o meio ambiente e de outro apenas interesses particulares”<sup>34</sup>.

O critério de prevalência da norma mais restritiva não está previsto no art. 24 da Constituição Federal de 1988 e não encontra abrigo no texto constitucional. É o que defende Torres<sup>35</sup> via dois argumentos, o segundo mais forte que o primeiro:

Um segundo argumento tem a ver com o princípio do desenvolvimento sustentável, visto anteriormente. Tal princípio demonstra que o tripé da sustentabilidade (*triple bottom line*) somente se mantém de pé quando temos harmonizados entre si o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e o respeito pelo meio ambiente. Se um destes valores for anulado ou tentar sobrepor-se sobre os demais, o tripé não se mantém.

A harmonização de direitos fundamentais tendentes à sustentabilidade social e econômica em detrimento da norma mais restritiva foi assentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em vários acórdãos a exemplo do RE 586.224/SP<sup>36</sup> e das ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937<sup>37</sup>. Resulta claro que o STF se posicionou pela aplicação da regra de repartição de competência concorrente, em detrimento da prevalência da norma mais restritiva em matéria ambiental, a fim de não esvaziar o comando normativo de quem era competente para regular o assunto.

Conclui-se que o entendimento de que o texto da PESB deveria prevalecer por ser mais restritivo e benéfico ao meio ambiente não encontra amparo na Constituição Federal de 1988, na jurisprudência do STF e em parte da doutrina. Eis, portanto, que, examinando a questão do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, há fortes indicações de que o Estado de Minas Gerais deveria observar a regra prevista no art. 24 da Constituição Federal de 1988, quanto à competência concorrente, e seguir a norma

---

<sup>32</sup> A Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais (SEMAD) não permitiu a prorrogação do prazo para a descaracterização das estruturas alteadas a montante conforme previsto pela PNSB. Ao contrário, a SEMAD assinou os Termos de Compromisso das empresas ALCOA, AMG, ArcelorMittal, CSN, Gerdau, Herculano, Itaminas, Minerita, Morro do Ipê, Mosaic, Nacional de Grafite, NAMISA, SAFM, Usiminas e Vale. Cabe ressaltar que constam nos considerandos destes TC as justificativas técnicas que impediram as empresas de atenderem o prazo previsto na PESB para a descaracterização das barragens, bem como que esse prazo se encerraria em 25 de fevereiro de 2022.

<sup>33</sup> TORRES, Marcos Abreu. *Conflito de Normas Ambientais na Federação*. Editora Lumen Juris, 2016.

<sup>34</sup> BIM e FARIAS, 2015, p. 210 e 211.

<sup>35</sup> TORRES, 2016, p. 142 e 143.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 586.224*. 2016.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4901*. 2018.

geral publicada pela União. Há, ainda, um aspecto fático a considerar que se refere à viabilidade prática da descaracterização de uma barragem de rejeitos.

### *O prazo legal e o prazo particular*

A PNSB manteve o prazo legal inicial da PESB, mas, considerando que as barragens de rejeitos são estruturas de grande porte e complexidade do ponto de vista da Engenharia, permitiu que estudos técnicos fixassem prazos razoáveis para a realização da empreitada de descaracterização. Assim, no âmbito da PNSB, é possível estabelecer um prazo particular que levará em conta a duração da obra de descaracterização, condicionada sobretudo pela sua condição de estabilidade. Segundo o estudo mencionado da FDTE<sup>38</sup>, em 2023, a título de exemplo, apenas 3 novas barragens seriam descaracterizadas dentre as 41 faltantes no final de 2021.

Aparentemente, os desafios práticos da descaracterização não foram levados em conta pelo legislador mineiro no texto da PESB, uma vez que a redação aprovada não prevê a possibilidade de prorrogação do prazo que se encerrou em fevereiro de 2022. Trata-se, em verdade, de um paradoxo já que Minas Gerais é o Estado que mais se aculturou com a Mineração, indústria que jamais prescindiu das barragens de rejeitos desde os finais do Império, sendo também o Estado que possuía o maior número de estruturas a montante.

O legislador mineiro parece ter-se descuidado dessas barragens durante muito tempo e quis recuperá-lo diante dos graves acidentes ocorridos em Mariana e em Brumadinho, impondo um prazo de descaracterização que se mostrou insuficiente para a maioria das barragens erigidas no Estado. Diante do impasse fático, foram sugeridos projetos de leis estaduais que visavam modificar a PESB.

### *Projeto de Lei Estadual 2134 de 2020*

O Projeto de Lei 2134 de 2020<sup>39</sup>, de autoria do deputado Antônio Carlos Arantes, pretendia alterar o texto da PESB para permitir a ampliação do prazo para a descaracterização de barragens alteadas a montante. De acordo com o texto, em caso de inviabilidade técnica para a referida descaracterização, o prazo poderia ser prorrogado pelo órgão ou pela entidade competente do Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (SISEMA) ou a entidade que regula e fiscaliza a atividade de mineração. Em setembro de 2020, foi deferido o requerimento de retirada de tramitação deste texto. Assim, o Projeto de Lei 2134 de 2020 foi arquivado.

---

<sup>38</sup> FDTE, 2021, p. 28

<sup>39</sup> ARANTES, Antônio Carlos. *Projeto de Lei nº 2134 de 2020*. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2020.

### ***Projeto de Lei estadual 3209 de 2021***

O Projeto de Lei 3209 de 2021<sup>40</sup>, de autoria do deputado Virgílio Guimarães, visava alterar o prazo para descaracterização de barragens alteadas a montante no Estado de Minas Gerais, previsto na PESB, até 15 de setembro de 2025, para estruturas com volume de até 30 milhões de metros cúbicos, conforme Cadastro Nacional de Barragens de Mineração do Sistema Integrado de Gestão de Barragens de Mineração (SIGBM)<sup>41</sup>, e até 15 de setembro de 2027 para estruturas com volume maior que esse. Se não fosse possível cumprir o novo prazo por inviabilidade técnica, o órgão ou a entidade do SISEMA, responsável pela fiscalização ambiental de barragens, poderia prorrogá-lo após pedido fundamentado do empreendedor.

Em decorrência de mobilização contrária à aprovação do texto por parte de algumas organizações e movimentos sociais<sup>42</sup>, o deputado Virgílio Guimarães apresentou requerimento solicitando a retirada de tramitação do Projeto de Lei 3209 de 2021, que foi deferido. Dessa forma, o texto foi arquivado no início de fevereiro de 2022.

### ***Projeto de Lei Estadual 3497 de 2022***

O Projeto de Lei 3497 de 2022<sup>43</sup>, também de autoria do deputado Virgílio Guimarães, permitia a prorrogação do prazo para descaracterização até 15 de setembro de 2025 (barragens com volume até 30 milhões de metros cúbicos) e até 15 de setembro de 2027 (barragens com volume superior), mas exigia do empreendedor outros requisitos não previstos pela legislação federal, como perfil de conformidade, caução minerária e assinatura de Carta Compromisso pelo empreendedor e pelo encarregado pelo projeto da obra. Ao empreendedor que constatasse a inviabilidade da realização da descaracterização da estrutura com segurança ou de fazer isso dentro dos novos prazos, o texto previa a possibilidade de obtenção, por parte da ANM, de uma prorrogação do prazo. Se a ANM concedesse um novo prazo, este seria aceito pelo Estado de Minas Gerais. No caso das barragens em que houvesse impossibilidade definitiva de descomissionamento e descaracterização seriam impostas algumas novas condições. Este Projeto de Lei foi arquivado no início de 2023 devido ao término da legislatura em que Virgílio Guimarães foi deputado.

---

<sup>40</sup> GUIMARÃES, Virgílio. *Projeto de Lei nº 3209 de 2021*. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021.

<sup>41</sup> SIGBM. *Sistema Integrado de Gestão de Barragens de Mineração*. 2022.

<sup>42</sup> MORAES, Aloisio. Ambientalistas bombardeiam projeto de petista por favorecer mineradoras em Minas. Fev. 2022.

<sup>43</sup> GUIMARÃES, Virgílio. *Projeto de Lei nº 3497 de 2022*. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2022.

Como é evidente, as propostas de leis estaduais visavam a eliminação do conflito de prazos para a descaracterização entre a PESB e a PNSB. Entretanto, com o tempo e a atuação de órgãos técnicos como a ANM, a par de consensualizar a possibilidade de aceitação das particularidades de cada estrutura, vieram à tona as especificidades que delimitam esses prazos. O volume de material depositado é um desses parâmetros específicos, mas a natureza do material, sua toxicidade, seu potencial de danos ambientais e a distância de transporte são individualmente considerados.

É relevante mostrar que com o objetivo de eliminar o conflito direto de prazos de descaracterização, novos textos legislativos podem introduzir novos conflitos. Veja-se, por exemplo, o caso do Projeto de Lei Estadual 3497 de 2022<sup>44</sup>, que propunha prazos mais largos que os originais da PESB (15 de setembro de 2025 para barragens de até 30 milhões de metros cúbicos) e, caso fosse aprovado, conflitaria com a PNSB que mantém o prazo de 25 de fevereiro de 2022 como referência, o que poderia gerar sanções para quem não o cumpriu, incluindo imediatas ou decorrentes da assinatura de Termo de Compromisso com o MPMG.

### *Termo de Compromisso com o MPMG*

O prazo para que as mineradoras descaracterizassem suas barragens alteadas a montante, localizadas no Estado de Minas Gerais, encerrou-se no dia 25 de fevereiro de 2022. Até essa data, o Projeto de Lei 3497 de 2022, não havia tramitado. Assim, o texto do art. 13 da PESB vigorava sem prever a possibilidade de ampliação do prazo para a descaracterização destas estruturas, apesar de a PNSB, norma posterior, a permitir.

Como penalidade para os empreendimentos que não conseguissem atender o prazo legal para a descaracterização de suas estruturas, o art. 27 da PESB<sup>45</sup> previa a suspensão imediata das licenças ambientais, além da aplicação de outras sanções civis, administrativas e penais estabelecidas na legislação ambiental em vigor.

Apresentou-se o seguinte impasse: **i.** incidia uma Lei estadual propondo um prazo não factível de ser cumprido pelos empreendedores para todas as estruturas a montante localizadas no Estado de Minas Gerais, por inviabilidade técnica; **ii.** a interpretação restritiva adotada pelo Estado quanto à impossibilidade de prorrogação do prazo de descaracterização das barragens a montante localizadas em Minas Gerais, apesar da legislação federal a permitir; e **iii.** impunha-se a necessidade de aplicação da penalidade prevista de suspensão imediata das licenças ambientais, o que impediria inclusive a continuidade dos trabalhos de descomissionamento e descaracterização das estruturas em curso. A solução paliativa encontrada pelo Ministério Público de Minas Gerais e pela SEMAD foi convocar, para a assinatura de um Termo de Compromisso, os

---

<sup>44</sup> GUIMARÃES, 2022.

<sup>45</sup> “Art. 27 – As obrigações previstas nesta lei são consideradas de relevante interesse ambiental, e o seu descumprimento acarretará a suspensão imediata das licenças ambientais, independentemente de outras sanções civis, administrativas e penais”.

empreendedores responsáveis pelas 41 estruturas alteadas a montante no Estado, que, por inviabilidade técnica, não conseguiram cumprir o prazo previsto na PESB<sup>46</sup>.

Estes Termos de Compromisso foram firmados entre os dias 22 e 25 de fevereiro de 2022, pelos empreendedores responsáveis por estas estruturas e o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), o Governo de Minas, por meio da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD), a Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM) e o Ministério Público Federal (MPF), com interveniência da Agência Nacional de Mineração (ANM).

Os Termos de Compromisso tiveram como fundamento o artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP)<sup>47</sup>, que trata do Termo de Ajustamento de Conduta. A sua base legal não foi o art. 79-A da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998<sup>48</sup>, que trata do Termo de Compromisso. De acordo com Filho<sup>49</sup>:

O art. 5.º, § 6.º, da Lei de Ação Civil Pública faculta a possibilidade de uma composição preventiva da instauração do processo judicial, consistente na assunção pelo interessado de deveres e obrigações concretos, cuja execução propiciará a eliminação da situação antijurídica. Será possível agregar à avença a cominação de sanções para a hipótese de infração ao pactuado. Essa composição se traduzirá num instrumento escrito (termo de ajustamento de conduta), que recebe eficácia de título executivo extrajudicial.

O fundamento legal escolhido para os Termos de Compromisso evidencia o pressuposto de que a causa dos acidentes ambientais se devem à culpa ou dolo dos empreendedores.

Assim, o referido Termo de Compromisso, na realidade, analisando o seu conteúdo e forma, é propriamente um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

No Estado de Minas Gerais, o TAC é utilizado como uma forma alternativa de solução de conflitos ambientais tanto pelo MPMG quanto pela SEMAD, em conjunto ou individualmente, quando precisam obter um comprometimento de adequação de determinada conduta ao ordenamento jurídico. Viegas, Pinto e Garzon<sup>50</sup> mencionam outros aspectos dos TACs que teriam sido considerados pelos empreendedores, se a situação do momento lhes permitisse:

Uma análise da literatura jurídica sobre o TAC nos permite observar diferentes entendimentos acerca de tal instrumento, de modo que não há, entre os estudiosos do Direito, uma leitura consensual de sua composição. Há uma série de discordâncias doutrinárias entre diversos autores no que diz respeito aos

<sup>46</sup> SEMAD. *Governo de Minas e Ministério Público assinam Termo de Compromisso com mais quatro mineradoras*. 2022.

<sup>47</sup> BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF, 1985.

<sup>48</sup> BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998.

<sup>49</sup> FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 2025, p. 850.

<sup>50</sup> VIÉGAS, Rodrigo Nuñez; PINTO, Raquel Giffoni; GARZON, Luís Fernando Novoa. *Negociação e acordo ambiental: o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como forma de tratamento dos conflitos ambientais*. Rio de Janeiro, Fundação Heinrich Böll, 2014, p.6.

aspectos concernentes à legitimidade para sua propositura (quem pode ou não propor um TAC), à sua natureza jurídica (se ato jurídico unilateral, transação ou negócio jurídico, diverso de transação), às suas origens, às possíveis influências exógenas de instrumentos análogos do direito estrangeiro em sua criação, à exigência de participação, em sua celebração, do Ministério Público como interveniente etc.

Como a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não apresenta um rol taxativo de hipóteses em que o TAC pode ser utilizado, a interpretação fica a cargo do órgão e do agente que desejam utilizar este instrumento como forma de adequação de uma conduta aos preceitos legais. Ainda de acordo com Viegas, Pinto e Garzon<sup>51</sup>:

A diversidade de entendimentos sobre o Termo de Ajustamento de Conduta reside no fato de que toda a normatividade concernente a tal termo resume-se a poucas e genéricas linhas formuladas pelo legislador, o que abre um campo de interpretação que recai, por vezes, numa disputa semântica pelo sentido da lei. A legislação do Termo de Ajustamento de Conduta expressa uma lacuna do ordenamento jurídico, no sentido indicado por Bobbio (1999), pois nela são apresentados, de maneira geral, o que se pode fazer (tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial) e quem pode fazer (os órgãos legitimados), não entrando no mérito de delinear como se fazer.

Os Termos de Compromissos assinados pelos empreendedores tiveram como finalidade a solução consensual do conflito, evitando a sua judicialização, e a suspensão da autuação e aplicação de sanções administrativas às mineradoras em razão do descumprimento do prazo previsto pela PESB para a descaracterização de estruturas a montante.

Entre os compromissos assumidos pelos empreendedores figurava a apresentação ou revisão do projeto de descaracterização, com o respectivo cronograma, observando as melhores técnicas disponíveis e o menor prazo tecnicamente viável. O projeto deveria detalhar se a execução das obras de descaracterização da barragem aumentaria os riscos a ponto de haver necessidade de evacuação de comunidades a jusante e, em caso afirmativo, como isso seria operacionalizado de forma a garantir a segurança destes moradores.

A contratação de equipe técnica especializada e independente para analisar esse projeto e acompanhar o procedimento de descaracterização da estrutura era medida complementar também incluída no Termo de Compromisso. O novo prazo acordado entre as partes passaria a ser obrigatório.

O advento dos Termos de Compromisso, considerando os atores envolvidos (MPMG, MPF, SEMAD, FEAM e ANM) deveria ser suficiente para afastar a aplicação da PESB no que concerne a prazos. Parece que a suspensão da licença de operação incluída entre as sanções da PESB era a principal medida que os empreendedores queriam evitar o que se explica pelas suas numerosas consequências econômicas. Por essa razão, eles aceitaram o pagamento de danos morais coletivos em decorrência do não cumprimento do prazo de 25 de fevereiro de 2022 para a descaracterização das estruturas, que serão

---

<sup>51</sup>VIÉGAS; PINTO; GARZON, op. cit, loc. cit.

destinados a projetos socioambientais localizados na bacia hidrográfica potencialmente impactada.

Eis, portanto, uma situação em que se torna patente a supremacia do princípio da realidade tão celebrado no Direito do Trabalho e no Direito Administrativo<sup>52</sup>: a lei não pode estabelecer sanções para o descumprimento de obrigações fisicamente inexecutáveis. Vale dizer no caso específico da descaracterização das barragens alteadas a montante no Estado de Minas Gerais, como o entendimento adotado é o de que se aplica a PESB e não a regra constitucional de repartição de competência concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal de 1988, vencido o prazo, não caberia a sua prorrogação, o que implicaria na aplicação da penalidade prevista no art. 27 de suspensão imediata das licenças de todos estes empreendimentos. Na prática, porém, a prorrogação que não estava prevista na legislação mineira foi feita por meio da assinatura do TC, que se sobrepôs ao texto da PESB.

A assinatura dos Termos de Compromisso foi muito questionada por entidades de defesa da indústria e do setor de mineração, como a FIEMG<sup>53</sup> e o IBRAM<sup>54</sup>, uma vez que a PESB estabelecia um prazo inexecutável para a descaracterização das barragens a montante localizadas em Minas Gerais, em virtude das características próprias de cada estrutura. Ademais, havia o apelo pela aplicação do princípio da isonomia, já que, para empreendedores de outros Estados, a PNSB permitia a prorrogação do prazo para a descaracterização das estruturas, desde que cumpridos os requisitos nela previstos.

Para Branco e Mendes, o objetivo de entregar à União a atribuição de editar normas gerais, quando se trata de competência concorrente, está relacionado “à necessidade de nacionalizar o essencial, de tratar uniformemente o que extravasa o interesse local”<sup>55</sup>.

Outro argumento utilizado foi o fato de os empreendedores não terem cometido ato antijurídico que provocasse dano e a possibilidade de aplicação de sanção e demais reflexos, pois eles entregaram os cronogramas aos órgãos responsáveis, em conformidade com o previsto na legislação mineira, bem como cumpriram as regras estabelecidas pelos regulamentos da PESB, à medida que eles eram publicados. Este fato inclusive aparece escrito em um dos *considerandos* dos Termos de Compromisso

---

<sup>52</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense; 2002.

<sup>53</sup> De acordo com levantamento feito pela Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais (FIEMG), se todas as barragens alteadas a montante existentes em Minas Gerais em fevereiro de 2022 fossem descaracterizadas por meio da remoção dos rejeitos e de toda a estrutura, para transportar o volume total de rejeitos depositados nas mesmas seriam necessários 91,9 milhões de caminhões, que levariam prazo de 50,3 anos para transportar todo o material, considerando a disponibilidade de 1 mil caminhões por dia, trabalhando por 24 horas (FIEMG, 2022).

<sup>54</sup> Segundo o Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM) o descomissionamento de algumas barragens situadas em Minas Gerais extrapolaria o prazo fixado pela PESB. Apesar das mineradoras tentarem cumprir o prazo, por questões técnicas o mesmo seria inviável (Agência Brasil, 2021).

<sup>55</sup> BRANCO e MENDES, 2024, p.968.

assinados pelas empresas ArcelorMittal<sup>56</sup>, CSN<sup>57</sup>, AMG Mineração<sup>58</sup>, Gerdau Açominas S/A<sup>59</sup>, Minérios Nacional S/A<sup>60</sup> e VALE S/A<sup>61</sup>.

Apesar de haver previsão legal para a celebração de Termo de Compromisso, este ajuste não se sobrepõe ao comando legal estabelecido por meio da PESB e pode ser questionado judicialmente. De acordo com Mazzilli<sup>62</sup>:

Por último, não é preciso insistir em que o compromisso de ajustamento a que alude o § 6º do art. 5º da LACP, tomado extrajudicialmente, não impede que qualquer dos legitimados ativos possa discutir em juízo o próprio mérito do acordo celebrado.

Inclusive, em março de 2022, foi ajuizada uma Ação Civil Pública, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pela Associação Nacional dos Atingidos por Barragens<sup>63</sup> e outros, que objetivava que a SEMAD suspendesse as licenças ambientais das mineradoras que não cumpriram a obrigação de descaracterizar as barragens à montante no prazo previsto pela PESB. Esta Ação Civil Pública ainda não foi julgada.

No âmbito legislativo, cita-se o Requerimento 12006 de 2022<sup>64</sup>, de autoria do Deputado Sargento Rodrigues, que solicita à SEMAD medidas para que sejam implementadas as disposições previstas no artigo 27 da PESB, especialmente no tocante à suspensão imediata das licenças ambientais, independentemente de outras sanções civis, administrativas e penais, a todos os empreendimentos minerários existentes no Estado que estejam descumprindo o disposto no artigo 13 da citada Lei.

Nesse contexto, na tentativa de minimizar os questionamentos sobre a não aplicação das sanções previstas pela PESB para os empreendedores que não cumpriram o prazo previsto para a descaracterização, o Estado de Minas Gerais publicou o Decreto nº 48.454, de 28 de junho de 2022, que alterou o Decreto nº 47.383, de 2 de março de 2018, para regulamentar a aplicação da penalidade de suspensão das licenças ambientais<sup>65</sup>. Em síntese, tal Decreto afastou a aplicação das sanções mediante o ajuste de conduta. Porém, esta norma não poderia se sobrepôr ao texto da PESB, já que um Decreto não tem força para alterar uma Lei. Uma vez descumprida a Lei, a penalidade

<sup>56</sup> MPMG. *Termo de Compromisso ArcelorMittal*.

<sup>57</sup> MPMG. *Termo de Compromisso CSN*.

<sup>58</sup> MPMG. *Termo de Compromisso AMG*.

<sup>59</sup> MPMG. *Termo de Compromisso Gerdau*.

<sup>60</sup> MPMG. *Termo de Compromisso NAMISA*.

<sup>61</sup> MPMG. *Termo de Compromisso VALE*.

<sup>62</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 31. ed. São Paulo: Saraiva Jur.; 2019, p. 215.

<sup>63</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública 2022.5044261-84.2022.8.13.0024*.

<sup>64</sup> RODRIGUES, Sargento. *Requerimento nº 12006 de 2022*. ALMG, 2022.

<sup>65</sup> MINAS GERAIS. *Decreto nº 48.454, de 28 de junho de 2022*. Altera o Decreto nº 48.078, de 5 de novembro de 2020, que regulamenta os procedimentos para análise e aprovação do Plano de Ação de Emergência – PAE, estabelecido no art. 9º da Lei nº 23.291, de 25 de fevereiro de 2019, que instituiu a Política Estadual de Segurança de Barragens, e o Decreto nº 47.383, de 2 de março de 2018, que estabelece normas para licenciamento ambiental, tipifica e classifica infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e estabelece procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades, e dá outras providências. 2022.

prevista na PESB deveria ter sido aplicada de imediato pelo Estado ou deveria ser retirada do ordenamento jurídico.

Outro ponto que merece atenção, por permitir novos questionamentos tanto na esfera administrativa quanto na judicial, é que, entre 25 de fevereiro de 2022 e a publicação do Decreto nº 48.454, de 28 de junho de 2022, existiu um lapso temporal de quatro meses, em que o Estado deveria cumprir o comando legal previsto na PESB quanto à suspensão imediata das licenças ambientais.

A situação vivenciada em Minas Gerais é, pois, de clara insegurança jurídica. A ligeira estabilidade angariada com a assinatura dos TCs vez por outra é abalada com iniciativas como a da Deputada Beatriz Cerqueira que, em outubro de 2022, apresentou o Projeto de Resolução nº 189/2022<sup>66</sup> com o objetivo de sustar os efeitos do § 4º e § 5º do art. 2º do Decreto nº 48.454/2022, com a justificativa de “inconformidade perante a flagrante ilegalidade de firmamento de TACs que contrariam a legislação vigente”.

A segurança jurídica é fundamento essencial do Estado de Direito, pois assegura previsibilidade, estabilidade e confiança nas relações jurídicas. Requer normas claras, estáveis, não retroativas e com respeito a direitos adquiridos, para proteger expectativas legítimas, impondo transições normativas razoáveis e efeitos prospectivos a mudanças de orientação jurídica. Assim, visa preservar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica e promover a paz social<sup>67</sup>.

Dessa forma, a alteração do texto da PESB é necessária para permitir a prorrogação do prazo de descaracterização de barragens alteadas a montante no Estado, conforme previsto pela PNSB, e trazer segurança jurídica aos empreendedores que assinaram o TC e estão fazendo grandes investimentos no Estado para conseguir cumprir as obrigações previstas.

## Conclusão

Com a publicação da PESB e a alteração da PNSB pela Lei nº 14.066, de 30 de setembro de 2020, passaram a existir duas normas estabelecendo regras diferentes quanto ao prazo para descaracterização de barragens a montante localizadas no Estado de Minas Gerais. Apesar do marco temporal ser o mesmo, 25 de fevereiro de 2022, a legislação federal permitia a sua prorrogação diante da inviabilidade técnica de sua execução dentro deste prazo, desde que a decisão fosse tomada para cada estrutura separadamente e que fosse referendada pelo órgão ambiental licenciador.

Contrariando o dispositivo constitucional que trata da competência concorrente para legislar sobre a proteção do meio ambiente, o entendimento adotado pelo Estado de Minas Gerais foi que a redação da PESB prevaleceria para as estruturas a montante

<sup>66</sup> CERQUEIRA, Beatriz. *Projeto de Resolução nº 189 de 2022*. Susta os efeitos dos §§ 4º e 5º do art 2º do Decreto 48454, de 28 de junho de 2022, que altera o Decreto 48078, de 5 de novembro de 2020. Belo Horizonte, MG, 2022.

<sup>67</sup> BARROSO, Luís R. *Curso De Direito Constitucional Contemporâneo - 13ª Edição 2025*. 13. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025, p.389.

nele localizadas, por ser mais restritiva. Assim, mesmo diante da inviabilidade técnica para executar a descaracterização das barragens a montante antes do dia 25 de fevereiro, sem colocar em risco a segurança das estruturas e das comunidades, foi impossível solicitar a prorrogação deste prazo no Estado.

Com o advento do final do prazo, a maior parte dos empreendedores que possuía este tipo de estrutura no Estado de Minas Gerais não conseguiu cumprir o previsto pela PESB.

Como a sanção prevista pela própria PESB era a suspensão imediata da licença ambiental, o que impediria a continuidade das operações e das ações de descaracterização das estruturas, a solução encontrada foi a assinatura de um Termo de Compromisso entre empreendedor, MPMG, MPF, SEMAD e FEAM, com interveniência da ANM, permitindo a prorrogação do prazo e estabelecendo outros compromissos, de forma a garantir que a finalidade da PESB fosse atendida, o que contraria o comando legal.

Nota-se que a sanção prevista na PESB não foi aplicada, o que também contraria o comando legal. Assim, até que a PESB seja alterada para permitir a prorrogação do prazo para descaracterização de estruturas a montante localizadas no Estado de Minas Gerais, harmonizando a legislação mineira com a regra de competência concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal de 1988, os empreendedores que possuem este tipo de estrutura continuarão a vivenciar grande insegurança jurídica, pois o Termo de Compromisso não tem o mesmo valor que o texto de uma Lei e está sendo questionado judicialmente por outros atores que não fizeram parte do compromisso e se sentiram de alguma forma lesionados.

Conclui-se que o conflito entre a PESB e a PNSB sobre a descaracterização de barragens alteadas a montante evidencia um grave quadro de insegurança jurídica e revela a dificuldade de compatibilização entre os princípios constitucionais da proteção ambiental e da segurança jurídica. A atuação do Ministério Público na celebração dos Termos de Compromisso, embora pautada pela tentativa de garantir a efetividade ambiental, demonstra que a regra constitucional de repartição de competência legislativa concorrente não foi observada.

Oferece-se uma leitura crítica desta sobreposição normativa e seus efeitos jurídicos, políticos e federativos, com implicações diretas para o aperfeiçoamento do arcabouço regulatório ambiental.

Propõe-se a alteração da legislação estadual sobre o tema, como forma de adequá-la às regras de competência concorrente previstas na Constituição Federal de 1988 e de harmonizar o texto da PESB ao que dispõe a PNSB quanto ao prazo para descaracterização de barragens alteadas a montante. Uma alteração concomitante na legislação federal que regulamenta a PNSB<sup>68</sup>, para permitir que a ANM analise os requerimentos de prorrogação de prazo apresentados pelos empreendedores mineiros, visto que o prazo inicialmente concedido já se encerrou, parece ser necessária.

---

<sup>68</sup> BRASIL. Agência Nacional de Mineração (ANM). *Resolução nº 95, de 7 de fevereiro de 2022*. Consolida os atos normativos que dispõem sobre segurança de barragens de mineração. Brasília, DF, 2022.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *IBRAM: algumas barragens precisam de prazo de descomissionamento maior*. Rio de Janeiro. Jul. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-07/ibram-algumas-barragens-precisam-de-prazo-de-descomissionamento-maior>. Acesso em 21 abr. 2025.

AGÊNCIA MINAS. *Governo de Minas e Ministério Público firmam Termo de Compromisso com mineradoras para garantir a descaracterização de barragens*. 2022. Disponível em: <https://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticia/governo-de-minas-e-ministerio-publico-firmam-termo-de-compromisso-com-mineradoras-para-garantir-a-descaracterizacao-de-barragens>. Acesso em 21 abr. 2025.

ANM. *Report Trimestral de Descaracterização de Barragens a Montante – Fev. 2022*. Disponível em: [https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/barragens/boletim-de-barragens-de-mineracao/arquivos/nota\\_tecnica\\_2022\\_descaracterizacao\\_publicacao\\_3.pdf](https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/barragens/boletim-de-barragens-de-mineracao/arquivos/nota_tecnica_2022_descaracterizacao_publicacao_3.pdf). Acesso em 21 abr. 2025.

ARANTES, Antônio Carlos. *Projeto de Lei nº 2134 de 2020*. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/2134/2020>. Acesso em 21 abr. 2025.

BARROSO, Luís R. *Curso De Direito Constitucional Contemporâneo - 13ª Edição 2025*. 13. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.389. ISBN 9788553626861. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553626861/>. Acesso em 21 abr. 2025.

BIM, Eduardo Fortunado; FARIAS, Talden. Competência ambiental legislativa e administrativa. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 208, p. 203-245, out./dez. 2015. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril\\_v52\\_n208\\_p203](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p203). Acesso em 21 abr. 2025.

BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional - Série IDP - 19ª Edição 2024*. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.968. ISBN 9786553629417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629417/>. Acesso em 21 abr. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Mineração (ANM). *Resolução nº 85, de 2 de dezembro de 2021*. Dispõe sobre procedimentos para o aproveitamento de rejeitos e estéreis. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-anm-n-85-de-2-de-dezembro-de-2021-365053336>. Acesso em 21 abr. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Mineração (ANM). *Resolução nº 95, de 7 de fevereiro de 2022*. Consolida os atos normativos que dispõem sobre segurança de barragens de mineração. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/barragens/legislacao/resolucao-no-95-2022.pdf>. Acesso em 21 abr. 2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República; 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 21 abr. 2025.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico,

estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF, 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm). Acesso em 21 abr. 2025.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em 21 abr. 2025.

BRASIL. *Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Brasília, DF; 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm). Acesso em 21 abr. 2025.

BRASIL. *Lei nº 14.066, de 30 de setembro de 2020*. Altera a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), a Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, que cria o Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, e o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Brasília, DF; 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l14066.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14066.htm). Acesso em 21 abr. 2025.

BRASIL. *Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011*. Fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum. Brasília, DF; 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm). Acesso em 21 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4901*. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792363&ext=.pdf>. Acesso em 21 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 586.224*. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306750595&ext=.pdf>. Acesso em 21 abr. 2025.

CERQUEIRA, Beatriz. *Projeto de Resolução nº 189 de 2022*. Susta os efeitos dos §§ 4º e 5º do art 2º do Decreto 48454, de 28 de junho de 2022, que altera o Decreto 48078, de 5 de novembro de 2020. Belo Horizonte, MG, 2022. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PRE/189/2022>. Acesso em 21 abr. 2025.

DUARTE, Anderson. Pires. *Classificação das barragens de contenção de rejeitos de mineração e de resíduos industriais no estado de Minas Gerais em relação ao potencial de risco*. 2008. 130 p. Dissertação (Mestrado em Engenharia). Universidade Federal de Minas Gerais. 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUDB-8AUPNJ>. Acesso em 21 abr. 2025.

FDTE. *Avaliação Ambiental Integrada das obras de descaracterização de barragens de rejeito alteadas pelo método a montante no Estado de Minas Gerais*. 2021. Disponível em: <http://www.feam.br/avaliacao-ambiental-e-gestao-do-territorio/-avaliacao-ambiental-integrada-aai-das-obras-de-descaracterizacao-de-barragens-alteadas-pelo-metodo-a-montante-no-estado-de-minas-gerais>. Acesso em 13 abr. 2024.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991845>. Acesso em 22 abr. 2022.

FIEMG. *Minas tem 48 barragens com 689,5 milhões de m<sup>3</sup> de rejeitos nas estruturas, aponta levantamento da FIEMG*. 2022. Disponível em: <https://www7.fiemg.com.br/noticias/detalhe/minas-tem-48-barragens-com-689-5-milhoes-de-m-de-rejeitos-nas-estruturas-aponta-levantam?prefix=&link=/noticias/detalhe/minas-tem-48-barragens-com-689-5-milhoes-de-m-de-rejeitos-nas-estruturas-aponta-levantam>. Acesso em 22 fev. 2022.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo - 16ª Edição 2025*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. p.850. ISBN 9788530996345. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530996345/>. Acesso em 21 abr. 2025.

GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 135-152, out./dez. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176036>. Acesso em 21 abr. 2025.

GUIMARÃES, Virgílio. *Projeto de Lei nº 3209 de 2021*. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/3209/2021>. Acesso em 21 abr. 2025.

GUIMARÃES, Virgílio. *Projeto de Lei nº 3497 de 2022*. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2022. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/3497/2022>. Acesso em 21 abr. 2025.

LOPREATO, Francisco Luiz. *Federalismo brasileiro: origem, evolução, desafios*. Instituto de Economia Unicamp. Jul. 2020. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/TD/TD388.pdf>. Acesso em 21 abr. 2025.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 31. ed. São Paulo: Saraiva Jur.; 2019.

MINAS GERAIS. Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM). *Deliberação Normativa COPAM nº 62, de 17 de dezembro de 2002*. Dispõe sobre critérios de classificação de barragens de contenção de rejeitos, de resíduos e de reservatório de água em empreendimentos industriais e de mineração no Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG, 2002. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5008>. Acesso em 21 abr. 2025.

MINAS GERAIS. *Decreto nº 48.454, de 28 de junho de 2022*. Altera o Decreto nº 48.078, de 5 de novembro de 2020, que regulamenta os procedimentos para análise e aprovação do Plano de Ação de Emergência – PAE, estabelecido no art. 9º da Lei nº 23.291, de 25 de fevereiro de 2019, que instituiu a Política Estadual de Segurança de Barragens, e o Decreto nº 47.383, de 2 de março de 2018, que estabelece normas para licenciamento ambiental, tipifica e classifica infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e estabelece procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades, e dá outras providências. 2022. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=48454&comp=&ano=2022>. Acesso em 21 abr. 2025.

MINAS GERAIS. *Lei nº 23.291, de 25 de fevereiro de 2019*. Institui a política estadual de segurança de barragens. Belo Horizonte, MG; 2019. Disponível em:

<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23291&comp=&ano=2019>. Acesso em 21 abr. 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública 2022.5044261-84.2022.8.13.0024*. Disponível em: <https://pje-consulta-publica.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=40544ed6195e3af760df06e1a03e79288d57c87d0ea45b44>. Acesso em 21 abr. 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.22.019270-2/000.2022*. 2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.019270-2%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 21 abr. 2025.

MORAES, Aloisio. Ambientalistas bombardeiam projeto de petista por favorecer mineradoras em Minas. Fev. 2022. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/ambientalistas-bombardeiam-projeto-de-petista-por-favorecer-mineradoras-em-minas/>. Acesso em 13 abr. 2024.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense; 2002.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso ALCOA*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso AMG*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso ArcelorMittal*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso CSN*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso Gerdau*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso Herculano*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso Itaminas*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso Minerita*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso Morro do Ipê*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso Mosaic*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso Nacional de Grafite*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso NAMISA*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso SAFM*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso USIMINAS*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

MPMG. Coordenadoria Estadual de Meio Ambiente e Mineração (CEMA). *Termo de Compromisso VALE*. Documento obtido via Lei de Acesso à Informação. Recebido em 29 abr. 2022.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método; 2018.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319>. Acesso em 13 abr. 2024.

RODRIGUES, Sargento. *Requerimento nº 12006 de 2022*. ALMG, 2022. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/RQC/12006/2022>. Acesso em 21 abr. 2025.

SEMAD. *Governo de Minas e Ministério Público assinam Termo de Compromisso com mais quatro mineradoras*. 2022. Disponível em: <http://www.meioambiente.mg.gov.br/noticias/5070-governo-de-minas-e-ministerio-publico-assinam-termo-de-compromisso-com-mais-quatro-mineradoras>. Acesso em 13 abr. 2024.

SIGBM. *Sistema Integrado de Gestão de Barragens de Mineração*. 2022. Disponível em: <https://app.anm.gov.br/Sigbm/publico>. Acesso em 13 abr. 2024.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva; 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611201>. Acesso em 13 abr. 2024.

TORRES, Marcos Abreu. *Conflito de Normas Ambientais na Federação*. Editora Lumen Juris, 2016.

VIÉGAS, Rodrigo Nuñez; PINTO, Raquel Giffoni; GARZON, Luís Fernando Novoa. *Negociação e acordo ambiental: o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como forma de tratamento dos conflitos ambientais*. Rio de Janeiro, Fundação Heinrich Böll, 2014. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2015/01/12/negociacao-e-acordo-ambiental-o-termo-de-ajustamento-de-conduta-tac-como-forma-de>. Acesso em 21 abr. 2025.

Data de Recebimento: 21/06/2023

Data de Aprovação: 29/10/2025

## A PREVIDÊNCIA SOCIAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O AUXÍLIO RECLUSÃO

### SOCIAL SECURITY AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: CONSIDERATIONS ABOUT RECLUSION AID

*Ícaro Argolo Ferreira<sup>1</sup>  
Darlos Freire<sup>2</sup>  
Sara Santos Moraes<sup>3</sup>*

#### RESUMO

A partir de uma rigorosa revisão bibliográfica, este estudo reflete o atual contexto de concessão do auxílio reclusão, sob à luz dos princípios constitucionais e da Previdência Social do Brasil. Inserido na noção de sistema contributivo do Regime Geral de Previdência Social, considera a necessidade do preso ter a qualidade de segurado no momento do recolhimento à prisão e que tenha contribuído para INSS durante 24 meses, não se trata de um benefício assistencial. Diante deste pressuposto, considera-se necessário abordá-lo na perspectiva de princípios constitucionais. Como resultado, constatou-se necessário que o Estado zele pela família, com o fornecimento de todos os subsídios capazes para mantê-la íntegra e forte, inclusive é essa proteção que o auxílio-reclusão visa. Assim, trata-se de benefício devido aos dependentes do segurado, sendo pago enquanto este estiver recolhido à prisão e enquanto permanecer nesta condição.

Palavras-chave: Auxílio Reclusão; Benefícios; Leis; Regime Geral da Previdência Social

#### ABSTRACT

Based on a rigorous bibliographical review, this study reflects the current context of granting incarceration assistance, in light of constitutional principles and Social Security in Brazil. Inserted in the notion of contributory system of the General Social Security Regime, it considers the need for the prisoner to have the status of insured person at the time of imprisonment and to have contributed to INSS for 24 months, this is not a welfare benefit. Given this assumption, it is considered necessary to approach it from the perspective of constitutional principles. As a result, it was necessary for the State to take care of the family, providing all the subsidies capable of keeping it intact and strong, including this protection that the prison aid aims to achieve. Therefore, it is a benefit due to the insured's dependents, being paid while the insured is confined to prison and remains in this condition.

Keywords: Seclusion Assistance; Benefits; Laws; General Social Security System.

<sup>1</sup>Doutor em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade pela Universidade Federal da Bahia. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1498834795084888>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7921-4463>. E-mail: [adv.icaroargolo@gmail.com](mailto:adv.icaroargolo@gmail.com)

<sup>2</sup>Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Ciências e Empreendedorismo. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7094-8562>. E-mail: [darlosfreire.adv@gmail.com](mailto:darlosfreire.adv@gmail.com)

<sup>3</sup>Doutoranda e Mestra em Território, Ambiente e Sociedade pela Universidade Católica de Salvador. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/7766630203352040>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0300-3971>. E-mail: [sarasmsantiago@gmail.com](mailto:sarasmsantiago@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

Desde que o auxílio reclusão foi aventado no Brasil ele é alvo de críticas, má informação e de *fake news* que diante destas inverdades dizem que é um “auxílio para bandido”, entre outros dizeres. No Brasil até mesmo um ex-presidente da república se manifestou publicamente a intenção de acabar com o pagamento deste benefício aos assegurados por não saber sobre seu funcionamento, sem saber de sua previsão constitucional. Isso levou grande parcela dos brasileiros a pensarem sobre o fim do auxílio-reclusão, sem conhecerem os critérios que envolvem a concessão deste benefício. Com isso reina a ignorância quando através de *fake news* o auxílio reclusão se tornou “bolsa bandido”.

Dentro dessas desinformações, a população carcerária brasileira foi estereotipada pela história carcerária do Brasil e os fatos históricos que acompanharam esta população, que sob um conservadorismo pretensioso, tirou os direitos de todos. O auxílio-reclusão se tornou um tema fortemente debatido, e, por isso, item de falsas informações a seu respeito, meramente baseadas em desavenças políticas e ideológicas dos políticos e população. É preciso que a população conheça o tema, que isso seja desmistificado e esclarecido. O auxílio reclusão não é concessão do auxílio a criminosos.

É preciso desmitificar sobre o auxílio-reclusão, que é um benefício que tem com o objetivo a proteção dos dependentes do segurado recluso de baixa renda, em razão da prisão deste, que interrompe sua remuneração em virtude do seu cárcere, sendo concedido nos mesmos moldes da pensão por morte, conforme o art. 80 da Lei nº 8.213/91 (modificada pela Lei 13.846/2019). É uma Lei Orgânica que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e, alterado, pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998 durante o Governo Fernando Henrique Cardoso.

Assim, este auxílio é um benefício assistencial para amparar as vítimas e as famílias em virtude de um acontecimento alheio à sua vontade, quando ficam privadas de sua única fonte de renda, pessoas que estão em risco social. O auxílio-reclusão “não é pago de qualquer jeito e a qualquer um” é assegurado aos familiares que o preso deixou desamparados. Assim, este trabalho deu atenção aos requisitos atuais para a concessão do auxílio reclusão para ao preso que tem qualidade de segurado do INSS, com carência de 24 meses de contribuições (a partir de 18/01/2019, conforme Medida Provisória 871/2019, convertida na Lei 13.846/2019), com o segurado comprovando ser de baixa renda e estar em regime fechado, pois anteriormente o regime semiaberto dava direito somente até 18/01/2019. Isto para verificar quais os requisitos corretos, é necessário observar qual a data do recolhimento à prisão.

Neste contexto, o estudo tem como objetivo verificar à luz da constitucionalidade o benefício do auxílio-reclusão, a fim de possibilitar maiores esclarecimentos à sociedade e desmitificar dúvidas acerca da concessão desse benefício, conhecendo os princípios da constitucionalidade deste auxílio e da Previdência Social; analisando as leis e conhecendo a história do auxílio reclusão no

Brasil, identificando quais são os detalhes que são levados em consideração para a concessão do auxílio-reclusão, se o benefício é para todos os presos, se é concedido somente aos dependentes diretos do presidiário e como é calculado.

Este tema tem relevância social no sentido de quebrar paradigmas já institucionalizados que o auxílio reclusão é “prêmio para bandido”, é um tema muito discutido e criticado. É importante que se conheça o seu verdadeiro sentido da lei. É necessário que as pessoas saibam que não existe benefício de auxílio reclusão para quem nunca contribuiu para a Previdência Social. Estima-se que somente 7,1% das famílias dos presos recebem o auxílio reclusão no Brasil. É preciso conhecer que a Previdência Social tem, entre seus benefícios, o auxílio reclusão desde o início do século passado. A maioria das pessoas não conhece a sua função e nem como este funciona.

Surgem questionamentos: É necessário desmitificar que o auxílio reclusão é uma pensão para o preso, então conceder tal benefício constitui uma influência a prática de crimes? O benefício é para todos os presidiários? Como entender a repressão da lei penal em face da proteção da norma previdenciária, a qual releva a necessidade dos dependentes do apenado?

Portanto, este estudo foi feito através de uma revisão bibliográfica, de caráter exploratório, sobre a concessão do auxílio reclusão e seus afins para a família de presos. A partir de artigos, monografias, teses de mestrado e doutorado, revistas eletrônicas, leis referentes, e em sites como *SciELO* e *Google Acadêmico*. A revisão foi a meta deste trabalho, quando se fez análise qualitativa sobre a Previdência Social e o auxílio reclusão a fim de aumentar a sua objetividade.

### *A previdência social no Brasil e sua história*

Hoje, pensar em Previdência Social seja como uma política pública ou como uma ferramenta jurídico-estatal é reviver “uma longa luta travada entre a classe trabalhadora, do proletariado composto pela maioria da população em contrapartida à classe dominante”<sup>4</sup>. A história mostra que o Estado Brasileiro quis legitimar ambas as classes, como mediador, promoveram ações para garantir e equilibrar a ordem social fazendo surgir a Previdência no Brasil.

A Previdência Social é o instituto da seguridade social, um seguro público, de caráter contributivo compulsório, que mediante contribuição, visa cobrir os riscos sociais como: incapacidade, idade avançada, aposentadoria por tempo de contribuição, encargos de família, morte, proteção à maternidade, auxílio reclusão, entre outros. São direitos constitucionais dos brasileiros que contribuem para o Regime Geral da Previdência Social, que é uma condição primordial para a concessão de benefícios e serviços aos seus segurados e dependentes. O Art. 203 da CF/1988 diz: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos como proteção à família, à

---

<sup>4</sup>SANTOS, Ana Paula da Silva. Auxílio-Reclusão: Esclarecendo os principais aspectos do estigmatizado benefício à luz da Constituição Federal de 1988. 2021, p. 14.

maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, entre outros direitos”<sup>5</sup>.

Mas quando se analisa a história humana se vê que sempre houve uma certa preocupação com a proteção social de pessoas carentes, isso existe desde a antiguidade. Pode-se vê-la no Talmud (livro sagrado dos judeus), no Código de Hamurabi (Babilônia) e no Código de Manu (Índia). Todos estes livros históricos importantes trazem as “primeiras ordenações normativas a estabelecer procedimentos de amparo às pessoas desafortunadas e pobres”. Durante a Idade Média, a proteção aos necessitados na sociedade era somente para determinados grupos e/ou organizações profissionais, pois “não havia o direito subjetivo à proteção social, nem podia se falar em sistema de proteção de cunho universal”, mas era um vislumbre de direito, uma vez que a ajuda era condicionada aos recursos que se conseguia através de beneficências ou de um grupo específico<sup>6</sup>.

O primeiro país do mundo a criar um plano de seguridade para a população foi a França, em 1673, era a aposentadoria dos membros da Marinha Real Francesa; e 200 anos depois, o plano foi estendido aos funcionários públicos, mas somente aposentadoria. A Previdência Social surgiu, também, na Alemanha em 1883 como “sistema de segurados obrigatórios, que foram chamados seguros sociais”, para em seguida se espalhar para um grande número de países europeus<sup>7</sup>.

E de acordo com Wolney & Silva<sup>8</sup> o ano de 1601 foi o momento mais importante no âmbito da Seguridade Social no mundo. Na Inglaterra, o sistema passou de associação mutualista para uma instituição de caráter universal, foi criada a Lei de Amparo aos Pobres na Inglaterra, com o objetivo de amparar os mais necessitados com contribuição obrigatória destinada a fins sociais.

No entanto no Brasil, somente a partir de 1888, criou-se algo análogo ao previdenciário, no final do império, era a aposentadoria para o pessoal dos correios, da imprensa nacional, das estradas de ferro, da marinha, da casa da moeda e da alfândega. Somente em 1923 que a história da Previdência social, propriamente dita, começa no país.

Nesse contexto, em 1923 surgiu a Lei Eloy Chaves, que deu o primeiro passo para a previdência social brasileira. Este deputado federal paulista articulou junto às companhias ferroviárias, a criação da base do sistema previdenciário nacional, estabelecendo a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensão (CAP) para ferroviários de cada uma das empresas do ramo na época. No sistema CAPs, o governo era responsável pela criação das caixas e regulava o seu funcionamento, mas a gestão dos fundos era feita por iniciativa privada com administradores em parceria com um conselho composto por representantes da empresa e dos

---

<sup>5</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), 1988.

<sup>6</sup>WOLNEY, Núria García Cambor; SILVA, Matheus Passos. Auxílio Reclusão no Brasil: Inconstitucionalidade do requisito baixa renda e suas consequências. 2013, p. 4.

<sup>7</sup>SOUZA, Luciana Virgília Amorim de. A Previdência Social no Brasil: uma longa história para contar. 2013, p. 7.

<sup>8</sup> WOLNEY, Núria García Cambor; SILVA, Matheus Passos. Auxílio Reclusão no Brasil: Inconstitucionalidade do requisito baixa renda e suas consequências. 2013, p. 4

empregados, que também seriam os responsáveis por financiá-los. E a partir de 1934, estes direitos foram estendidos aos portuários, aos telegráficos, aos mineradores e aos servidores públicos<sup>9</sup>.

Nessa perspectiva, na Era Vargas, após a Constituição de 1934, mudanças ocorreram como a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio que passou a cuidar das questões relacionadas à Previdência Social. O sistema CAPs foi extinto, e criado os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), que passou a ser gerido pelo Governo Federal para o Brasil todo. Os estados indicavam os presidentes dos institutos – com o governo controlando as relações de trabalho – mas a administração continuava na mão de representantes dos empregadores e empregados. Nesse patamar a Constituição Federal de 1934 foram estabelecidas mudanças no sistema de arrecadação implantando o custeio tríplice: custeio dividido entre empregador, empregado e União, que buscou alterar o conceito de previdência como assistencial para seguro social<sup>10</sup>.

Todavia, durante o Regime Militar Brasileiro foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que teve como objetivo uniformizar os direitos estabelecidos entre os diversos institutos criados dentro do sistema IAP. Esta mudança na Previdência Social trouxe os benefícios para os empregados urbanos, ficando de fora os trabalhadores domésticos e rurais, e foi instituído o auxílio natalidade, auxílio funeral e auxílio reclusão.

A partir daí ocorreram várias mudanças, em 1963 foram incluídos os trabalhadores rurais com o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – FUNRURAL. Em 1966, a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, que foi substituído hoje pelo INSS, que administra a Previdência Social no Brasil. Durante este período militar foram incluídos alguns itens de direitos trabalhistas e seguridade social como: salário mínimo, salário família, a proibição de diferenciação de salários entre os sexos, cor e estado civil, jornada de trabalho de oito horas, férias remuneradas, entre outros<sup>11</sup>.

É importante destacar que a garantia de direitos sociais e trabalhistas ocorre no Brasil durante a ditadura militar como uma forma de garantir a estabilidade política nacional. Isto porque a disputa ideológica entre o sistema capitalista e as promessas de igualdade social do comunismo faz com que essas medidas fossem tomadas para que não ocorressem protestos da população e o regime ditatorial não fosse ameaçado.

Em 1988 com a institucionalização da Nova Constituição Brasileira, a Constituição Cidadã, estabeleceu-se muitas medidas envolvendo Saúde, Assistência e Previdência Social usando o termo “Seguridade Social”, nela se incluíram pontos importantes para a garantia da proteção social dos brasileiros. Mas cabe lembrar que

---

<sup>9</sup>SILVA, José Antônio da. Benefício previdenciário: auxílio reclusão. Tese de Doutorado, PUC. 2009, p. 8.

<sup>10</sup>SILVA, José Antônio da. Benefício previdenciário: auxílio reclusão. Tese de Doutorado, PUC. 2009, p. 10.

<sup>11</sup>SOUZA, Luciana Virgília Amorim de. A Previdência Social no Brasil: uma longa história para contar. 2013, p. 11.

a Previdência Social sofreu mudanças durante o governo Collor, em 1998, durante o governo FHC, mudanças do fator previdenciário para aposentadoria, no governo Lula, com foco no funcionalismo público, entre outras mudanças. Em 2015, no governo Dilma Rousseff, outra mudança: alteração na idade de acesso à aposentadoria integral, a regra de pontos 85/95, que leva em consideração a soma da idade ao tempo de contribuição<sup>12</sup>.

No entanto, para se adentrar para o conhecimento sobre o auxílio reclusão e a Previdência Social é necessário conhecer um pouco de sua história e a institucionalização do auxílio reclusão no Brasil.

### *História do sistema prisional brasileiro à luz do auxílio reclusão*

Segundo Cuesta<sup>13</sup>, o Auxílio-Reclusão foi criado no Brasil em 1960 e é um benefício financeiro mensal, devido aos dependentes do segurado de baixa renda que foi preso. O valor do benefício é pago para os dependentes do segurado detido, e não para o segurado preso. Este auxílio foi estabelecido para que a família do preso consiga se manter e não fique carente de forma repentina se o segurado preso era o único que contribuía com a renda da sua família.

No entanto a história do Brasil mostra que, nos anos imediatamente após a Independência do Brasil em 1822, juristas, políticos e intelectuais brasileiros já se orgulhavam dos avanços que a legislação criminal no país. Um exemplo foi o Código Criminal de 1830, e depois com o Código do Processo Criminal de 1832 que trouxeram um comprometimento abstrato com respeito ao processo legal.

Entretanto os historiadores mostraram a lacuna existente entre os direitos outorgados a todos os cidadãos e as injustiças sofridas por aqueles destituídos do poder social eram enormes. Naquela época a prisão era praticada de acordo com a vontade da polícia, que era tendenciosa, prendia pobres, escravos em contradições que permeavam a própria legislação da época. As regras não eram seguidas, havia uma lacuna entre a lei e a prática.

Nesse período, a Casa de Detenção era um lugar de encontro privilegiado entre o Estado e a sociedade, mas para castigo do pobre e preto analfabeto, que não votava, que lotavam as cadeias. As Casas de Detenção (...) refletiam a diversidade regional, étnica, social e cultural da população, muito mais do que instituições como escolas, universidades, a burocracia estatal ou o clero<sup>14</sup>.

Desse modo, Engruch & Di Santis<sup>15</sup> relatam que:

---

<sup>12</sup> SILVA, Maria Lucia Lopes da. Trabalho e previdência social no Brasil no contexto de crise do capital. 2015, p. 9.

<sup>13</sup> CUESTA, Bem-Hur. Auxílio reclusão: como conseguir?. 2023, s/p.

<sup>14</sup> TRINDADE, Cláudia Moraes. O nascimento de uma penitenciária: os primeiros presos da Casa de Prisão com Trabalho da Bahia (1860-1865), 2009, p. 179.

<sup>15</sup> ENGRUCH, Werner; DI SANTIS, Bruno Moraes. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo 2014, s/p.

O Direito Penal até o século XVIII era marcado por penas cruéis e desumanas, não havendo até então aprivação deliberdadecomofomade pena, mas sim como custódia, garantia de que o acusado não iria fugir e para a produção de provas por meio da tortura (forma legítima, até então), o acusado então aguardaria o julgamento e a pena subsequente, privado de sua liberdade, em cárcere. Foi apenas no século XVIII que a pena privativa de liberdade passou a fazer parte do rol de punições do Direito Penal, com o gradual banimento das penas cruéis e desumanas, a pena de prisão passa a exercer um papel de punição de facto, é tratada como a humanização das penas.

Assim, no Brasil do século XVIII, a punição estava ligada às políticas da época, mas depois da ascensão da burguesia, passa-se a uma punição baseada na nova Constituição de 1824, que mostrou em seus termos:

No Brasil começou a reformar o seu sistema punitivo como as penas de açoite, a tortura, o ferro quente e outras penas cruéis foram banidas; determina-se que as cadeias deveriam ser seguras, limpas ebem arejadas havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme a circunstâncias, e natureza dos seus crimes”. A abolição das penas cruéis não foi plena, já que os escravos ainda estavam sujeitos a elas nesse período<sup>16</sup>.

Nesse sentido, apesar dos desejos de mudanças e de algumas leis que surgiram, o sistema penitenciário brasileiro no século XIX continuou caótico, sendo que a pena de morte<sup>17</sup> no Brasil somente foi abolida totalmente com a Constituição de 1988, quando o auxílio reclusão foi instituído com segurança, pois havia sido decretado pelo Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933. Por isso, não é um direito recente, já tem 86 anos de sua existência e ordenamento jurídico e o auxílio veio a ser recepcionado pela nossa atual Constituição Federal de 1988. Observe o Art. 63 do referido decreto:

Parágrafo único. Caso e associado esteja cumprindo pena de prisão etiver família sob sua exclusiva dependência econômica, a importância da aposentadoria a que se refere este artigo será paga ao representante legal da sua família, enquanto perdurar a situação de encarcerado<sup>18</sup>.

Desse modo foi no ano de 1934 que com o Decreto nº 24.615/34 regulamentou o auxílio reclusão para que o sujeito necessitado, que estivesse preso, que tivesse contribuído para a Previdência Social, pudesse ter subsistência para sua família. E o benefício foi previsto pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários presente no seu artigo 67 – “Caso o associado esteja preso, (...), achando-se seus

<sup>16</sup> ENGBRUCH, Werner; DI SANTIS, Bruno Moraes. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo 2014, s/p.

<sup>17</sup> A pena de morte no Brasil é uma forma de matar não utilizada desde o século XIX no Brasil. Seu último uso para crimes civis foi em 1876 e não é utilizada oficialmente desde a Proclamação da República em 1889. Historicamente, o Brasil é o segundo país das Américas a abolir a pena de morte como forma de punição para crimes comuns. Embora abolida na prática, ainda é prevista para crimes militares cometidos em guerra, de acordo com o artigo 5º, XLVII, "a", da Constituição Federal. De 1969 a 1978, durante o regime militar, a pena de morte foi novamente prevista pela Lei de Segurança Nacional e pelos Ato Institucional nº 14 como uma forma de punição por crimes políticos que resultassem em morte.

<sup>18</sup> DECRETO 22.872/1934 apud CORDEIRO, Wanderson. Historicidade do auxílio reclusão. 2019, s/p.

vencimentos suspensos, será concedida (...) pensão correspondente a metade da aposentadoria por invalidez e que teria direito, na ocasião da prisão”<sup>19</sup>.

### *Princípios que regem o auxílio reclusão*

A Constituição Brasileira de 1988, a Constituição Cidadã, trouxe princípios que são fundamentos da norma positivada reafirmando a base do direito, assegurando a democracia, os direitos e as garantias fundamentais de cada brasileiro. E mesmo um cidadão como fica detido por cometer algum crime, ele tem direito ao benefício do auxílio-reclusão se for de baixa renda. Este benefício vem sob o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção da família, o princípio da “individualização da pena, o princípio da solidariedade, o princípio da erradicação da pobreza, o princípio da legalidade, o princípio da universalidade e da cobertura do atendimento eo princípio da obrigatoriedade da filiação”<sup>20</sup>.

Primeiramente, cabe ressaltar o princípio da personalidade ou da intranscendência que é uma “modalidade referente à pena, indicadora de que a sanção penal não passa da pessoa do delinquente, isto é, a responsabilidade penal é individual, não se transmitindo a terceiros, como ocorria antigamente”. Este princípio pode ser compreendido no episódio de Tiradentes no Brasil, visto os herdeiros do herói da Inconfidência, até a quarta geração, serem declarados infames<sup>21</sup>. Além do “princípio da solidariedade social, é no sentido de haver a cooperação da maioria em face da minoria, de acordo com a capacidade contributiva, em favor dos menos favorecidos”<sup>22</sup>.

O auxílio reclusão também sob o princípio da dignidade humana está previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que garante que uma pessoa tenha o direito de ter uma vida plena e saudável, e é por isso a Lei 8.213/91, bem como a Lei 13.846/2019, apesar de mudanças, trazem garantias ao indivíduo meios mínimos para sua subsistência de forma digna em momento em que não possa por si mesmo suprir as necessidades da família. Daí a importância do auxílio reclusão que é um meio de inclusão social, capaz de manter à família do prisioneiro em condições básicas de vida, como a subsistência. Para isso cabe ao Estado e a sociedade a proteção da família carente que se encontra desamparada financeiramente, tendo em vista que o seu provedor se encontra impossibilitado em decorrência de sua prisão.

Assim, o auxílio reclusão é um benefício se encontra previsto constitucionalmente no art. 201, IV da CRFB/88, e na Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, em disciplina à norma constitucional, sendo que, alguns aspectos do auxílio-reclusão foram objetos de recente modificação, dados pela redação da Lei n. 13.846, de 18 de junho de 2019.

<sup>19</sup> DECRETO 24.615/1934 apud CORDEIRO, Wanderson. Historicidade do auxílio reclusão. 2019, s/p.

<sup>20</sup> SILVA, Claudia Francisco da. Auxílio-reclusão: verdades e mentiras. 2018, s/p.

<sup>21</sup> SILVA, Claudia Francisco da. Auxílio-reclusão: verdades e mentiras. 2018.

<sup>22</sup> SILVA JUNIOR, Josemar Elias da. Auxílio-reclusão: embate entre a assistência da família do recluso e a norma penal incriminadora. 2012, p. 8.

O auxílio reclusão é um benefício previdenciário para apenado que contribuiu para o INSS, para a família. O segurado que tenha cometido um crime e contribuía para a proteção previdenciária, que tenha preenchido os requisitos exigidos. É na Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que se encontra a norma básica sobre a concessão de benefícios da Previdência Social, em seu art. 80 diz:

O auxílio reclusão, cumprida a carência prevista no inciso IV do caput do art. 25 desta Lei, será devido, nas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. (Redação dada pela Lei n. 13.846, de 2019).

Dentro disso, o papel do auxílio-reclusão perante a Previdência Social é:

(...) amparar materialmente os dependentes do recolhido a prisão, este benefício [auxílio-reclusão] se coaduna com os objetivos maiores da Previdência Social, a saber, sua inserção na trajetória da evolução histórica do Estado Democrático de Direito, bem como com correspondência com o ideal de solidariedade que orienta todo o sistema, tendo em vista a manutenção da dignidade da pessoa humana - um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por meio de seus regramentos e disposições, objetiva fundamentalmente cumprir sua função, e proteger não só o segurado, mas também aqueles que possam vir a depender deste, princípio que transmite a essência do auxílio-reclusão<sup>23</sup>.

Além de cumprir o papel de previdência social, existe o princípio da erradicação da pobreza que no art. 3º, inciso III da Constituição Federal de 1988, constitui como um dos objetivos fundamentais que é construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>24</sup>.

E no princípio da legalidade encontra previsão no art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988 e trata da subordinação de pessoas, órgãos ou entidades às leis, assegurando, por exemplo, a concessão do benefício do auxílio-reclusão, aos que preencherem os requisitos dispostos na lei específica. Esse “princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei”<sup>25</sup>.

Por isso que o benefício do auxílio-reclusão é concedido apenas aos que preencherem os requisitos dispostos na Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, respeitando as modificações da Lei 13.846/2019, que são: ser dependente do segurado de baixa

<sup>23</sup> SANTOS, Ana Paula da Silva. Auxílio-Reclusão: Esclarecendo os principais aspectos do estigmatizado benefício à luz da Constituição Federal de 1988. 2021, p. 13.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), 1988.

<sup>25</sup> MORAES, p. 45, 2011 apud SILVA, 2018.

renda recolhido à prisão, que não esteja recebendo remuneração da empresa nem esteja em gozo de auxílio-doença, abono de permanência em serviço ou aposentadoria e que cumpra a carência, atualmente.

Enquanto o princípio da obrigatoriedade da filiação ao INSS, que é fundamental, o recluso deve ter contribuído, no momento da prisão, para ter direito ao benefício. Este princípio viabiliza o sistema previdenciário, garantindo a todos os contribuintes a proteção no momento do evento que gera a necessidade social, como a prisão. Dessa forma, à luz da Constituição Federal o benefício do auxílio-reclusão é plenamente justificável, uma vez que está em consonância com princípios fundamentais da Carta Magna Brasileira.

E o princípio da universalidade e da cobertura do atendimento, o art. 194 da Constituição Federal de 1988 elenca os princípios da Seguridade Social, dentre eles o da universalidade e da cobertura do atendimento, pois a “Seguridade Social deverá atender a todos os necessitados através da assistência social e da saúde, independentemente de pagamento”. No entanto, a Previdência Social tem a sua universalidade limitada, já que atende apenas aqueles que contribuem para tanto. Este “princípio possui dimensões objetiva e subjetiva, sendo a primeira voltada a alcançar todos os riscos sociais que possam gerar o estado de necessidade (universalidade de cobertura) enquanto a segunda busca tutelar toda a pessoa ao sistema protetivo (universalidade de atendimento)”<sup>26</sup>.

O princípio da solidariedade que está disposto no art. 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988, tem um sentido amplo na Seguridade Social, já que se refere à responsabilidade do Estado e da sociedade na socialização dos riscos, já que recursos previdenciários são provenientes dos orçamentos públicos e das contribuições sociais. É um princípio importante, já que as pequenas contribuições individuais geram recursos suficientes para a criação de um manto protetor para todos, o que viabiliza a concessão do benefício auxílio-reclusão. Isso é solidariedade entre os membros da sociedade. O princípio da solidariedade tem por objetivo proporcionar proteção a todos, de maneira que toda a sociedade divida com o Estado tal responsabilidade, possibilitando, assim, a proteção de pessoas em momentos de necessidade.

E de acordo com o princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal de 1998, assegura que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, logo, o condenado deverá arcar com as consequências do seu delito, que não se estende a sua família. Cabe ao Estado o dever de zelar para diminuir estas necessidades, pela minimização de tais prejuízos. Nessa base, a Previdência Social deve alcançar todas as situações sociais que tenham o caráter de urgência a fim de proporcionar a subsistência do contribuinte e de seus dependentes, como neste caso os presos de baixa renda para subsistência de sua família.

### *Auxílio-reclusão e a sua constitucionalidade*

---

<sup>26</sup> SILVA, Claudia Francisco da. Auxílio-reclusão: verdades e mentiras, 2018.

Segundo Chies & Passos<sup>27</sup>, informam que o auxílio reclusão “é umamparo, de caráter alimentar, destinado aos dependentes do segurado de baixa renda, que por algum motivo teve sua liberdade cerceada através dos limites da legislação nacional” e que não se encontra beneficiado por aposentadoria ou auxílio reclusão. Que de acordo com o Artigo 226 da Constituição Federal de 1988, dispõe “afamília, que é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado”<sup>28</sup>.

Nessa premissa, a política previdenciária tem como princípio de funcionalidade e da intranscendência a proteção da família através de dois benefícios: a pensão por morte e o auxílio-reclusão, que são direitos destinados aos dependentes do segurado. Contudo não foi na Constituição/1988 a primeira a normatizar o auxílio-reclusão, como dito anteriormente, o auxílio foi regulamentado no Brasil pela Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, que em seu Art. 201.

Entretanto, quando os legisladores constituintes discutiram sobre a prisão do segurado de baixa renda, perceberam que sua família ficaria sob risco social, e assim deveria ter cobertura, pois estando o provedor da família com a capacidade laboral interrompida, acarretaria a extinção da renda familiar. Nessa base, o benefício deveria servir como uma renda mensal para a sustentação às bases alimentar e educacional dos filhos e do cônjuge. Vale ressaltar que o auxílio-reclusão não tem como objetivo “tutelar ou indenizar a prisão do trabalhador, mas prover meios de subsistência à sua família”<sup>29</sup>.

Portanto, defende-se que a ideia, contida no senso comum, de que o auxílio reclusão tem por finalidade “premiar bandidos”, é totalmente descabida, pois o benefício é um instrumento contido na Previdência Social, possibilitando ao beneficiário direito a à sua percepção, apenas ao contribuinte do sistema, que tenha preenchido os requisitos, nos termos do Art. 9º do Decreto nº3.048/1999.

### *Regras para concessão de auxílio reclusão no brasil*

De acordo com Cuesta<sup>30</sup>, a data de recolhimento à prisão é a data para critério para o cálculo da renda para o auxílio-reclusão, que mostra que se a prisão ocorreu antes da Medida Provisória 871/2019 (de 18/01/2019), posteriormente convertida na Lei 13.846/2019:

o critério econômico é calculado conforme a último salário do segurado. No entanto, se a prisão ocorreu após a MP 871 de 2019, o critério econômico passou a ser calculado sobre a média dos salários-de-contribuição apurados no período de 12 meses anteriores ao mês de recolhimento à prisão. Se o

<sup>27</sup> CHIES, Luiz Antônio Bogo; PASSOS, Rodrigo Azevedo. Auxílio-reclusão: o instituto mal (mau)dito das políticas sociais com as políticas penais, 2015, p. 23.

<sup>28</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), 1988.

<sup>29</sup> SCHAFFER, Caio Cesar Wollmann. Auxílio-reclusão: uma contribuição ao debate sobre os direitos previdenciários, 2011, p. 2.

<sup>30</sup> CUESTA, Bem-Hur. Auxílio reclusão: como conseguir? 2023, s/p.

segurado estava desempregado no momento do fato gerador (reclusão), o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Tema 896, de que o critério nesses casos é a ausência de renda<sup>31</sup>.

O STJ – Superior Tribunal da Justiça - definiu que isso vale somente para a concessão de auxílio-reclusão antes da MP 871/2019, note:

Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991) no regime anterior à vigência da MP 871/2019, o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição<sup>32</sup>.

Caso o segurado seja posto em liberdade, fuja da prisão ou passe a cumprir pena em regime aberto, o benefício é cessado. E desde a MP 871/2019, a progressão para o regime semiaberto também causa a cessação do benefício. Também, aplica-se as regras da cessação da cota-parte da pensão por morte do cônjuge e companheiro no auxílio-reclusão, devendo-se verificar as hipóteses do art. 77, § 2º da Lei 8.213/91. Para o(a) filho(a) o benefício cessará ao completar 21 anos, salvo se inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Hurtado, Guerrerio e Bonfim<sup>33</sup>, declaram que em janeiro de 2019, o então presidente Jair Bolsonaro editou a Medida Provisória nº 871 alterando a Lei nº 8.213/91, trazendo novos critérios mais rigorosos na seletividade, criando conflitos com os princípios constitucionais que regem o auxílio-reclusão e trazendo um desacerto com a CF/1988 sobre a dignidade da pessoa humana. Quando a Medida Provisória nº 871/19 entrou em vigor alterando a Lei nº 8.213/91, vieram critérios mais exigentes, fazendo com que esses critérios entrassem em conflitos com a Lei já existente e trazendo a obrigatoriedade de tempo mínimo de contribuição de 24 meses de forma ininterrupta<sup>34</sup>.

O que se pode observar é que a data até 17/01/2019, bastava que o segurado tivesse recolhido uma contribuição ao INSS, para que o benefício fosse concedido, mesmo que a contribuição não tivesse sido paga no mês de sua prisão, os dependentes teriam direito ao benefício se existisse a qualidade de segurado na data da reclusão, conforme as regras do art. 15 da Lei nº 8.213/91, mas a partir da Lei 13.848/2019 exige-se carência de 24 contribuições para a concessão do auxílio-reclusão, diante do acréscimo realizado sobre o art. 25, IV, da Lei nº 8.213/91.

Desse modo, para o segurado recluso deve o recluso deve ter trabalhado e contribuído regularmente ao INSS, estar recluso em regime fechado ou semiaberto

<sup>31</sup> CUESTA, Bem-Hur. Auxílio reclusão: como conseguir? 2023.

<sup>32</sup> HURTADO, Antônio Paulo Guillen; GUERREIRO, Carollyne Pereira da Costa & BONFIM, Cláudia Ramos de Souza. Auxílio-Reclusão: Análise do Benefício Previdenciário, 2021, p. 21.

<sup>33</sup> HURTADO, Antônio Paulo Guillen; GUERREIRO, Carollyne Pereira da Costa & BONFIM, Cláudia Ramos de Souza. Auxílio-Reclusão: Análise do Benefício Previdenciário, 2021, p. 22.

<sup>34</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 871 de 18 de janeiro de 2019c. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade. Convertida em Lei 13.846 de 18 de junho de 2019.

(desde que a execução da pena seja em colônia agrícola, industrial ou similar); possuir último salário de contribuição abaixo do valor previsto na legislação, conforme a época da prisão (deve consultar o valor limite para direito ao auxílio reclusão)<sup>35</sup>.

Dentro deste contexto, Cuesto<sup>36</sup> mostra que em relação aos dependentes que tem direito ao auxílio reclusão são aqueles que têm dependência econômica presumida. Na dependência presumida significa que a pessoa que vai requerer o benefício tem algum tipo de relação familiar mais próxima com o preso. Para isso, a lei que regula os benefícios previdenciários faz uma distinção entre 3 classes de dependentes, que são:

Classe 1 - Cônjuge/companheiro e filhos - é aquela que os dependentes têm uma relação familiar mais próxima com o segurado detido e tem dependência econômica presumida. Ou seja, as pessoas dessa classe não precisam comprovar para o INSS (ou para a Justiça, se for o caso) que dependiam do segurado economicamente, são cônjuges; companheiros (referente à união estável); filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou filho inválido ou que tenha deficiência intelectual, mental ou grave (qualquer idade). Basta apresentar documentos como: certidão de casamento, certidão de nascimento.

Classe 2 - Pais - considera somente os pais do segurado preso como dependentes, os pais devem comprovar a dependência econômica com o filho preso.

Classe 3 - Irmãos - Irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos. Irmão inválido ou que tenha deficiência intelectual, mental ou grave (qualquer idade, mas tem que comprovar dependência).

Portanto, o artigo 117, em seu parágrafo 2º, do Decreto Lei n. 3.048/1999 diz que se o preso fugir fica interrompido o auxílio-reclusão. Mas quando o preso for recapturado, o benefício será restabelecido. Não obstante, se o apenado morrer, o benefício do auxílio-reclusão será transformado em pensão por morte, conforme disposto no inciso I, do artigo 112, do Decreto n. 3.048/99, que determina que a pensão poderá ser prestada por morte presumida.

### *Discussões sobre as principais mudanças no auxílio reclusão no Brasil de 1960 a 2019*

A Constituição de 1988 trouxe mudanças para proteção social para todos os cidadãos brasileiros no princípio da cidadania, e essa garantia do benefício reclusão é para quem contribui para a Seguridade Social Brasileira. Isso garantido no parágrafo único do artigo 194 da CF/1988: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” de todos que contribuem para ela.

<sup>35</sup> HURTADO, Antônio Paulo Guillen; GUERREIRO, Carollyne Pereira da Costa & BONFIM, Cláudia Ramos de Souza. Auxílio-Reclusão: Análise do Benefício Previdenciário, 2021, p. 21.

<sup>36</sup> 2023.

Vale lembrar que o auxílio reclusão foi criado pelo Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933 e a primeira mudança ocorreu em 1960, que veio com outro Decreto nº 3.807, que diz em seu Art. 43:

Aos beneficiários do segurado, detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio-reclusão na forma dos arts. 37, 38, 39 e 40, desta lei.

§ 1º O processo de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou sentença condenatória. § 2º O pagamento da pensão será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado o que será comprovado por meio de atestados trimestrais firmados por autoridade competente<sup>37</sup>.

Outra mudança substancial ocorreu em 1988, com a nova Constituição Brasileira que diz em seu Art. 201:

Os planos de previdência social, mediante contribuição, resultantes do acidente de trabalho, velhice e reclusão: I - Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultados do acidente do trabalho, velhice e reclusão. (...) IV - Salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

E no ano de 1991, o auxílio reclusão teve seu artigo inserido na Lei 8.213/91:

Art. 5º. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá a: IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

Mas para o Decreto nº 3.048/99, o limite mínimo de idade para receber esse auxílio era de 16 anos e ter baixa renda. Observa:

Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual ao salário mínimo.

§ 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.

§ 2º O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente.

§ 4º A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior, observado, no que couber, o disposto no inciso I do art. 105 (DECRETO Nº 3.048/1999).

Vale destacar que o Art. 118 do mesmo Decreto 3.048/1999, destaca que caso o preso morra, o auxílio-reclusão será automaticamente convertido em pensão por

---

<sup>37</sup> CORDEIRO, Wanderson. Historicidade do auxílio reclusão, 2019, s/p.

morte, mas é vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado. E diante da necessidade, outra mudança no auxílio reclusão aconteceu em 2013 com a Lei nº 10.666, que veio para trazer “garantias ao assegurado detido, caso ele venha falecer, o dispositivo de lei garante um cálculo para ser usado para fazer uma média por pensão devido a morte”, prevista no seu artigo 2, parágrafo 2º, note:

§ 2º. Em caso de morte do segurado recluso que contribuir na forma do § 1o, o valor da pensão por morte devida a seus dependentes será obtido mediante a realização de cálculo, com base nos novos tempos de contribuição e salários-de-contribuição correspondentes, neles incluídas as contribuições recolhidas enquanto recluso, facultada a opção pelo valor do auxílio-reclusão.

Quanto aos requisitos para a concessão do auxílio reclusão no Art. 80 da Lei 8.213/91 informa:

O auxílio reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa, nem estiver em gozo de auxílio doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento a prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.

Isto confirmado por Malves<sup>38</sup>, que diz:

E para que não haja fraudes contra a previdência, a filiação posterior ao momento da prisão, não concede aos dependentes o direito ao benefício. Outro requisito para sua concessão é a condição de dependente do segurado, condição essa que para efeitos previdenciários, são considerados dependentes: O cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, menor de vinte e cinco anos ou inválido, cuja dependência econômica é presumida. Os pais; e o irmão não emancipado, menor de vinte e cinco anos ou inválido. É necessária a comprovação de dependência econômica, a ordem é excludente e a existência de mais de um dependente de uma mesma classe, faz com que seja fracionada a prestação.

Segundo Silva<sup>39</sup>, em 18 de janeiro de 2019 foi publicada a Medida Provisória nº 871/2019 alterou vários dispositivos das Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, que tratam do custeio e dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A MP nº 871/2019 foi convertida na Lei nº 13.846/2019, em vigor desde 18 de junho de 2019, que, com algumas modificações, entre elas, para o auxílio reclusão.

Dessa maneira, a Emenda Constitucional 103/2019, em seu artigo 27, § 1º, traz que o valor a ser pago de auxílio-reclusão não excederá um salário mínimo, e seu cálculo será realizado na forma aplicável à pensão por morte. Se o segurado iniciou suas contribuições antes do ano de 1999, somente serão levadas em conta as contribuições a partir do ano de 1994. Se o segurando começou a contribuir após 1999 serão consideradas, no cálculo, todas as suas contribuições. Assim dispõe o artigo

<sup>38</sup> MALVES, Rita de Cassia Bueno. Auxílio reclusão. Uma breve análise do benefício previdenciário. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 150, jul, 2016, p. 31.

<sup>39</sup> SILVA, Claudia Francisco da. *Auxílio-reclusão: verdades e mentiras*, 2018, s/p.

188-A do Decreto n. 3.048/99: Art. 188-A. Para o segurado filiado à previdência social até 28 de novembro de 1999, inclusive o oriundo de regime próprio de previdência social, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do *caput* e § 14 do art. 32 (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999)<sup>40</sup>.

Desse modo, a partir da MP 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019), o art. 80 da Lei nº 8.213/91 diz que a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado preso em regime fechado. Note:

\* até 17/01/2019: pode ser concedido aos dependentes do segurado recluso em regime fechado ou semiaberto (§ 5º do art. 116 do Decreto nº 3.048/99);

\* e a partir de 18/01/2019: pode ser concedido aos dependentes do segurado recluso em regime fechado (art. 80 da Lei nº 8.213/91 – MP871/2019 e Lei nº 13.846/2019).

\* o requerimento do auxílio-reclusão deve ser instruído com a certidão judicial que ateste o recolhimento efetivo à prisão e a manutenção do benefício é condicionada à apresentação de prova de permanência na condição de presidiário (art. 80, § 1º, da Lei nº 8.213/1991).

\* o segurado de baixa renda é aquele que, no mês de competência de recolhimento à prisão, tenha renda de valor igual ou inferior àquela prevista no art. 13 da Emenda Constitucional nº 20/98, atualizada na data da prisão;

\* a renda do segurado é calculada com base na média dos salários de contribuição apurados no período de doze meses anteriores ao mês da prisão.<sup>41</sup>

Com as alterações realizadas pela MP nº 871/2019, e a Lei nº 13.846/2019, entra também a mudança da carência deve ser analisado de acordo com dois momentos:

\* para as prisões ocorridas até 17/01/2019 (dia anterior à entrada em vigor da MP nº 871/2019), não é exigida carência para a concessão do auxílio-reclusão;

\* e para as prisões ocorridas a partir de 18/01/2019 (dia da entrada em vigor da MP nº 871/2019), exige-se a carência de 24 contribuições para a concessão do auxílio-reclusão<sup>42</sup>.

Portanto, o benefício previdenciário chamado auxílio-reclusão foi instituído em 1933, muitos anos antes da CF/1988, no entanto foi recepcionado por ela pois cumpria todos os requisitos para ser reconhecido como um direito constitucional.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei Nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 jul.1991.

<sup>41</sup> SILVA, Claudia Francisco da. Auxílio-reclusão: verdades e mentiras, 2018.

<sup>42</sup> CUESTA, Bem-Hur. Auxílio reclusão: como conseguir? 2023.

## Considerações finais

Verificou-se que o auxílio reclusão só é dado à pessoa que foi presa e que contribuiu por 24 meses antes de sua prisão e ter contribuído com a previdência. É um auxílio para que o sustento da família não fique desamparada, pois dentro do princípio de personalidade, solidariedade e da dignidade humana, a família do preso não fique sem renda. É a família a base da sociedade, logicamente deve ter proteção do Estado. É necessário, então, que o Estado zele pela família, com o fornecimento de todos os subsídios capazes para mantê-la íntegra e forte, inclusive é essa proteção, que o auxílio-reclusão visa.

O auxílio-reclusão é prestação pecuniária, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos minimizar, a falta do provedor as necessidades econômicas dos dependentes quando alguém vai para a prisão e que tenha contribuído por pelo menos um ano. Este benefício visa minimizar a falta do provedor a fim de suprir as necessidades financeiras de sua família, proporcionando condições dignas de subsistência, protegendo-os das necessidades básicas da vida e de viverem na miséria.

Dessa forma, o benefício do auxílio-reclusão se destina aos dependentes do preso que não têm condições de prover sua subsistência por si só em virtude de sua prisão.

Assim, dentro deste frenesi de discussões sobre este benefício, muitos acham que quem paga a conta do Auxílio Reclusão é o resto da população, mas não é verdade. Quem paga a conta é o próprio preso que trabalhou e contribuiu para a Previdência Social antes de ir para a prisão, pois é um benefício para amparar a família, não ao preso.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. *Lei Nº 8.213 de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 jul.1991.

BRASIL. Medida Provisória nº 871 de 18 de janeiro de 2019c. *Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade*. Convertida em Lei 13.846 de 18 de junho de 2019.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; PASSOS, Rodrigo Azevedo. *Auxílio-reclusão: o instituto mal (mau) dito das políticas sociais com as políticas penais*. 2015.

CORDEIRO, Wanderson. *Historicidade do auxílio reclusão*. 2019.

CUESTA, Bem-Hur. *Auxílio reclusão: como conseguir?* 2023.

ENGBRUCH, Werner; DI SANTIS, Bruno Moraes. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. 2014.

HURTADO, Antônio Paulo Guillen; GUERREIRO, Carollyne Pereira da Costa & BONFIM, Cláudia Ramos de Souza. *Auxílio-Reclusão: Análise do Benefício Previdenciário*. 2021.

MALVES, Rita de Cassia Bueno. *Auxílio reclusão. Uma breve análise do benefício previdenciário*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 150, jul, 2016.

SCHAFFER, Caio Cesar Wollmann. *Auxílio-reclusão: uma contribuição ao debate sobre os direitos previdenciários*. 2011.

SANTOS, Ana Paula da Silva. *Auxílio-Reclusão: Esclarecendo os principais aspectos do estigmatizado benefício à luz da Constituição Federal de 1988*. 2021.

SILVA, Claudia Francisco da. *Auxílio-reclusão: verdades e mentiras*. 2018.

SILVA, Maria Lucia Lopes da. *Trabalho e previdência social no Brasil no contexto de crise do capital*. 2015.

SILVA JUNIOR, Josemar Elias da. *Auxílio-reclusão: embate entre a assistência da família do recluso e a norma penal incriminadora*. 2012.

SILVA, José Antônio da. *Benefício previdenciário: auxílio reclusão*. Tese de Doutorado, PUC. 2009.

SOUZA, Luciana Virgília Amorim de. *A Previdência Social no Brasil: uma longa história para contar*. 2013.

TRINDADE, Cláudia Moraes. *O nascimento de uma penitenciária: os primeiros presos da Casa de Prisão com Trabalho da Bahia (1860-1865)*. 2009.

WOLNEY, Núria García Cambor; SILVA, Matheus Passos. *Auxílio Reclusão no Brasil: Inconstitucionalidade do requisito baixa renda e suas consequências*. 2013.

Data de Recebimento: 05/09/2023

Data de Aprovação: 09/04/2024

## UMA ALTERNATIVA PARA O EMPIRISMO NA TEORIA DO DIREITO: INOVAÇÃO, CRIATIVIDADE E EXPERIÊNCIA

### AN ALTERNATIVE TO EMPIRICISM IN LEGAL THEORY: INNOVATION, CREATIVITY AND EXPERIENCE

*Leonardo Monteiro Crespo de Almeida<sup>1</sup>*

#### RESUMO

O objetivo deste artigo reside em apresentar uma leitura do empirismo filosófico para o âmbito da teoria geral do direito, sobretudo no que tange a uma investigação da experiência no contexto da decisão judicial. A pesquisa sustenta que o empirismo é capaz de fornecer uma perspectiva na qual a inventividade do direito reside em uma forma específica de construção de casos a partir da realidade material que o circunscreve. Para fins de fundamentação teórica, o artigo recorre parcialmente à leitura que faz Gilles Deleuze da filosofia humeana, destacando a maneira como ele a enxerga em termos de uma filosofia em que a criatividade inovadora se mostra decisiva e central. A partir de certos aspectos da teoria do direito, mostraremos como a concepção de experiência proposta neste trabalho permite repensar a experiência jurídica por um caminho que acentua uma criatividade inerente ao trabalho do jurista.

Palavras-Chave: Deleuze; Empirismo; Inovação; Teoria do Direito.

#### ABSTRACT

The objective of this article is to develop a reconsideration of philosophical empiricism within the domain of legal theory with special emphasis on the context of legal decision-making. This research sustains that empiricism is capable to present a perspective in which the creativity of law is established through the specific construction of cases. Theoretically this article draws on Gilles Deleuze particular reading of the philosophy of David Hume, most importantly how Deleuze conceives empiricism as philosophy of creative innovation. Beginning by analyzing aspects of legal theory, we intend to show how the conception of experience proposed in this work allows to rethink legal experience in a way that accentuates a creativity which is inherent to the work of the jurist.

Keywords: Deleuze; Empiricism; Innovation; Legal Theory.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/3918991603659430>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5742-3344>. E-mail: [leonardoalmeida326@gmail.com](mailto:leonardoalmeida326@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

Em algumas das produções da teoria do direito anglo-saxônica, um dos aspectos centrais recai em torno do lugar da experiência na investigação analítica sobre as práticas jurídicas, em particular a da decisão. Ela é muitas vezes contraposta, embora não necessariamente se mostre conflitante, com a descrição dos componentes que integram a estrutura normativa do direito, a exemplo da norma jurídica e de noções que lhe são correlatas, como validade, vigência, eficácia, dentre outras. Por vezes, a alusão à experiência termina refletindo uma preocupação mais acentuada com a singularidade dos casos concretos, ou, de maneira diversa, uma aproximação entre a teorização jurídica e o método científico, como se pode encontrar em algumas das versões do realismo jurídico.

Este artigo pretende desenvolver uma concepção de experiência distinta das duas concepções aqui já elencadas, sendo o ponto central dessa diferença a maneira pela qual a própria experiência em si é situada na construção da teoria do direito. Recorrendo à leitura que faz Gilles Deleuze do empirismo de David Hume, nós buscaremos elaborar um vínculo específico entre uma criatividade que se expressa a partir do desenvolvimento particular do jurídico, sobretudo o seu arcabouço institucional, e a vivência em si dos seus atores que atribuem forma àquela criatividade. É a conexão entre esses dois elementos, a criatividade e a vivência particular, que será o cerne da caracterização da experiência jurídica a ser apresentada no decorrer deste trabalho.

Como amparo para a incursão pela teoria do direito, a pesquisa vai recorrer à maneira com que o positivismo analítico de Hans Kelsen, sobretudo em seu projeto epistemológico, situa o empírico, principalmente na relação que estabelece entre ontologia e deontologia. O recurso à filosofia deleuziana será destrinchado a partir desse fio condutor que se abre a partir da construção teórica desta versão do realismo. É preciso investigar e delimitar bem a maneira como as construções normativas do direito são simultaneamente elementos que intervêm e pretendem transformar uma realidade empírica, sendo também reflexos, criações, dessa mesma realidade. É nessa circularidade incessante, ao mesmo tempo estabilizadora e disruptiva, que situaremos o caráter criativo subjacente à experiência jurídica.

O artigo é organizado em torno da seguinte sequência de seções. Primeiramente teceremos alguns esclarecimentos analíticos quanto ao empirismo para fins de delimitar com maior precisão o ponto de partida adotado, assim como situá-lo no âmbito da teoria do direito. Em seguida, realizaremos algumas incursões pela filosofia deleuziana para desta maneira evitarmos caracterizar o empirismo como um posicionamento fechado em uma preocupação cientificista com a teoria e/ou como perspectiva que diminui, senão mesmo evita, o caráter específico da normatividade subjacente à organização social do jurídico, ou seja, o seu funcionamento a partir de instituições e regras que lhe são específicas. Em outras palavras, nossa preocupação com o empirismo reflete diretamente uma preocupação com a experiência concreta ao invés de uma ponderação epistemológica acerca do conhecimento jurídico.

Por fim, mostraremos como a concepção de empirismo esboçada a partir do referencial filosófico adotado contempla a normatividade específica do jurídico a partir da conexão de duas noções específicas que caracterizam a experiência jurídica, a saber, criatividade e vivência. Entendemos que uma noção de experiência descrita nesses termos proporciona subsídios para se pensar a prática do direito para além de certas delimitações que acompanham a teoria do direito, como aquelas de segurança jurídica e ativismo. Como teorizar a experiência jurídica de maneira a compreender os seus elementos normativos como ferramentas que são articuladas pelo jurista tanto na descrição de uma realidade empiricamente situada, como na intervenção das questões que emergem a partir da dinâmica das relações sociais?

Em termos metodológicos, a pesquisa foi desenvolvida a partir de uma revisão de literatura baseada em dois eixos específicos: o primeiro é composto por trabalhos selecionados de Deleuze, enquanto o segundo recai sobre determinadas obras da teoria do direito que, de alguma maneira, contribuem, mesmo que indiretamente, para situarmos o empirismo, como Kelsen, mas também mediante uma breve incursão pelo realismo de Oliver Wendell Holmes Jr. São duas linhagens teóricas com diferenças significativas entre si, é verdade, mas entendemos que trazem à tona elementos mediante os quais se pode teorizar a experiência jurídica e/ou vislumbrá-la a partir de questões que historicamente estiveram entre as preocupações dos juristas.

### **O empirismo na teoria geral do direito: considerações preliminares**

Na história da filosofia ocidental, o empirismo surge como um posicionamento filosófico diametralmente oposto ao do racionalismo associado a René Descartes e Gottfried Leibniz, o que também tem reflexos geográficos: os expoentes do empirismo, como John Locke, George Berkeley e David Hume são anglo-saxônicos, enquanto o racionalismo em si se alastrou pela Europa continental. Em linhas muito gerais, o cerne do empirismo está na ancoragem do conhecimento humano na experiência sensorial imediata, opondo-se diametralmente à existência de ideias inatas.

Uma das principais consequências advindas dos pressupostos compartilhados entre os empiristas reside na vinculação da razão ao plano prático ao invés daquele da especulação teórica: as ideias, portanto, são sempre adquiridas das vivências que moldam o sujeito. Nessa direção, o empirismo, mesmo que implicitamente, introduz uma concepção de subjetividade aberta uma vez que são as experiências particulares que gradualmente vão formando e organizando as ideias e os conceitos através dos quais o sujeito vai representar o seu mundo.

Ao invés de uma conformidade entre as ideias trazidas pelo sujeito e a realidade fáctica apreendida através dos sentidos, pode-se acentuar aqui uma inversão: é a realidade que estrutura e organiza as ideias constitutivas do sujeito<sup>3</sup>. Nas seções subsequentes daremos examinaremos mais detidamente essa questão concernente ao

---

<sup>3</sup> DELEUZE, Gilles. *Empirismo e Subjetividade*: Ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 34 e ss.

sujeito em si: nesta seção o foco será em alguns dos seus desdobramentos epistemológicos e nas suas consequências para uma teorização da experiência jurídica.

A transposição dessa linha de raciocínio para o âmbito da teorização jurídica não é, a rigor, tão clara tendo em vista que são assertivas que versam primariamente sobre a teoria do conhecimento. O que elas fundamentam é a distinção entre o factual e o normativo, que se encontra no cerne da teorização jurídica, sobretudo no que diz respeito à maneira com que o jurídico será estabelecido em termos de objeto de pesquisa e da delimitação do seu estudo como um campo científico, assim como as ciências da natureza foram outrora estabelecidas. Questões como essa se constituíram no ponto de partida da teorização kelseniana acerca da ciência do direito<sup>4</sup>.

Em termos epistemológicos, o que poderia ser considerado, no âmbito jurídico, como sendo o objeto de estudo responsável por distinguir a investigação jurídica de outras que lhe seriam até correlatas, dotando-a assim de especificidade? A resposta é bem conhecida: trata-se da norma jurídica. Aqui podem existir aproximações, mas também importantes diferenças, com os autores do Círculo de Viena (*Wiener Kreis*), forte posicionamento filosófico que integrava o contexto social e cultural na Viena em que Kelsen começou a se desenvolver como teórico<sup>5</sup>.

Se a separação entre ser e dever-ser remete ao neo-kantismo, também de presença expressiva entre os integrantes do Círculo, podemos dizer que um dos pontos que acentua a aproximação entre os dois reside em uma compreensão do método científico nos moldes das ciências da natureza, logo, uma certa insistência em uma ancoragem empírica dos seus enunciados. A facticidade da norma, por exemplo, é secundária à dimensão normativa que lhe configura a existência. Interpretações a seu respeito são fatos, logo necessariamente ocorrem em um contexto espacial e temporal, porém a ordem jurídica perante a essas interpretações estão ancoradas no dever-ser, portanto para além do espaço e tempo:

Kelsen deixa claro que falar que os fatos sociais produzem direito é meramente uma ‘expressão figurativa’ para a interpretação do significado dos fatos sociais à luz da ordem jurídica. Os fatos sociais são interpretados no espaço e tempo, ao contrário da ordem jurídica à luz da qual eles são interpretados<sup>6</sup>.

Em consonância com a verificabilidade, os enunciados científicos somente podem ser considerados como tais se puderem ser submetidos à observação ou experimentação.

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1 e ss.

<sup>5</sup> De maneira mais precisa, essa proximidade de Kelsen e o Círculo de Viena não ocorre diretamente, como se ele tivesse sido efetivamente um membro do grupo ou partilhado explicitamente dos seus pressupostos doutrinários, mas do neo-kantismo que se faz presente tanto no seu trabalho como naquele dos membros do Círculo. O neo-kantismo de Kelsen, porém, não é simplesmente de ser apreendido em suas diferentes nuances e também não é isento de contradição frente a outros aspectos de sua abordagem teórica, Cf. BERGMANN, Gustav; ZERBY, Lewis. The Formalism in Kelsen’s Pure Theory of Law. *Ethics*, v. 55, n. 2, pp. 110-130, Jan/1945. pp. 111 e ss.

<sup>6</sup> GREN, Michael S. Hans Kelsen’s Non-Reductive Positivism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia. *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: London, 2021. p. 272. No original: “Kelsen makes it clear that talk about social facts creating law is merely a ‘figurative expression’ for the interpretation of the meaning of social facts in the light of the legal order. The social facts that are interpreted are in space and time, but the legal order in the light of which they are interpreted is not”.

Compreendida dessa maneira, a verificabilidade permitiria distinguir os enunciados metafísicos, que não podem ser empiricamente comprovados já que não descreverem uma realidade factual, dos científicos. Semelhante linha de raciocínio é incompatível com a caracterização neo-kantiana que Kelsen faz da própria norma enquanto atos volitivos que tem a sua validade estabelecida através de sua conexão com outras normas e, em última instância, com a norma fundamental (*Grundnorm*)<sup>7</sup>.

Como ele reitera em sua *Teoria Pura do Direito*, o valor é objetivo quando ele mesmo é reconhecido pelos demais, ou seja, a sua existência precisa ser geralmente aceita. Nesse sentido, a norma, enquanto referência abstrata generalizadora de condutas particulares, é vista como objetiva justamente por ser um padrão de comportamento que se estende a todos os seus destinatários. É através dessa compreensão de objetividade que o autor vai estabelecer a sua noção de cientificidade.

A cientificidade da investigação jurídica, na composição de uma teoria pura, não apenas incorpora o distanciamento objetivo e livre de valores presente nas ciências da natureza (afinal de contas, na natureza não existem valores, como diz Kant), mas também à verificabilidade dos seus enunciados alcançada mediante uma contraposição entre as descrições que eles trazem consigo e o estado de coisas ao qual eles fazem referência. É aqui que notoriamente Kelsen vai insistir no corte entre ciência do direito e política judiciária, o que configura a sua tese da separação, ponto que mais adiante retomaremos com mais atenção: a sua preocupação principal para assegurar a cientificidade de sua empreitada é mantê-la no âmbito da objetividade, logo, do conhecimento da realidade factual, em detrimento da vontade, que será a base por excelência da ideologia política.

Mantém-se firme e acentuada, portanto, a distinção kantiana entre o factual (que pode ser conhecido) e o valorativo (que decorre da vontade). De uma maneira um tanto quanto mais radical do que Kelsen, autores associados ao empirismo lógico do Círculo de Viena, como o filósofo analítico Alfred Jules Ayer, sustentaram a ausência de significado das proposições normativas precisamente porque elas não poderiam ser empiricamente verificadas<sup>8</sup>. É por essa via, aliás, que o positivismo jurídico anglo-saxônico, em particular o de H. L. A. Hart, caracteriza o direito, ou seja, em termos de fato social, a denominada tese social. Kelsen, porém, rejeita essa tese ao deslocar para o Dever-Ser (*Sollen*) ao invés do Ser (*Sein*) a existência e a subsequente validade da própria norma, o que Michael Green vai chamar de positivismo não-reducionista<sup>9</sup>.

Para a nossa pesquisa, este seria um ponto de especial pertinência: a resistência de Kelsen em aceitar a possibilidade de transformação da ordem jurídica a partir da emergência de fatos sociais<sup>10</sup>. Os preceitos jurídicos preexistem e determinam antecipadamente as consequências jurídicas de qualquer fato social: o fato em si existe e

<sup>7</sup> Cf. JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. *European Journal of International Law*, v. 9, pp. 368-385, 1998.

<sup>8</sup> Cf. AYER, Alfred Jules. *Language, Truth and Logic*. New York: Dover Publications. 2. ed. 1952.

<sup>9</sup> Cf. GREEN, Michael S. Hans Kelsen's Non-Reductive Positivism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia. *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: London, 2021. p. 272 e ss.

<sup>10</sup> Cf. GREEN, Michael S. Hans Kelsen's Non-Reductive Positivism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia. *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: London, 2021. p. 273 e ss.

se conforma ao conjunto de disposições normativas estabelecidas. A norma pode ser concebida em termos de um esquema por meio do qual a realidade social será juridicamente interpretada. Essa sobreposição da norma sobre o fato social, relembramos, é um reflexo da distinção entre *Sollen* e *Sein*. Quanto ao entrelaçamento entre o factual e o normativo, o seguinte trecho da *Teoria Pura do Direito* é elucidativo:

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico - não é, pura e simplesmente, algo jurídico... O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma<sup>11</sup>.

A tese da separação, a qual Kelsen defende e compartilha com os positivistas anglo-saxônicos, não depende de uma concordância com a tese social: não há uma contradição lógica entre desconsiderar o direito como fato social e sustentar que a sua validade independe de sua fundamentação na moral. Para os positivistas anglo-saxônicos, essa tese é decisiva para o principal objetivo da teoria do direito, a saber, o esclarecimento da normatividade do direito e como ela seria distinta das outras ordens normativas, como as normas sociais, os mandamentos religiosos e os preceitos morais. Entretanto, a explicação em si dessa normatividade acaba sendo mais intrincada do que parece porque a terminologia a qual os positivistas recorrem também se encontra presente na descrição dessas outras normas.

A normatividade do direito pode ser estabelecida em termos empiricamente situados se concede aos jurisdicionados razões para agir de uma forma e não de outra ao mesmo tempo em que impõe uma sanção na hipótese de seu descumprimento<sup>12</sup>. É uma abordagem parcialmente distinta daquela de Kelsen, mas que, por essa razão, entendemos ser capaz de contornar o resquício do racionalismo neo-kantiano que envolve a sua abordagem. Nesta direção, pode-se dizer que a moral é contextualmente independente, ou seja, não estaria circunscrita nem às concepções subjetivas dos indivíduos, nem aos referenciais socialmente compartilhados por uma comunidade; o direito, pelo contrário, seria fruto das escolhas humanas, sendo por isso sempre ancorado em contextos particulares. Enquanto a moralidade vale em função do seu conteúdo, as sanções jurídicas são independentes dos méritos da conduta a que se está impondo.

É recorrente entre os positivistas anglo-saxônicos a ideia de que a normatividade do direito reside em razões externas aos jurisdicionados, mas o que isso, de fato, significa e de que maneira contribui para situar o empirismo no âmbito da Teoria do Direito? A externalidade reside no caráter normativo – no dever de observância – das razões em detrimento de sua facticidade, ou seja, se ela, de fato, foi adotada pelos

<sup>11</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 3.

<sup>12</sup> Cf. KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 22 e ss.

indivíduos ao atuarem<sup>13</sup>. Para um autor como H. L. A. Hart, as razões que foram incorporadas pelos indivíduos integram a perspectiva interna de observação haja vista que somente eles podem determinar quais razões foram adotadas na maneira em que agiram; a perspectiva externa, por sua vez, remonta à vinculação das normas e dos preceitos que deveriam nortear o comportamento dos indivíduos<sup>14</sup>. É na orientação do comportamento social que o conjunto de sanções e recompensas buscam reforçar essa função.

A pertinência da experiência, em particular como conceito que remete a um plano concreto sobre o qual as instituições jurídicas atuam, constroem-se e se reconstruem a partir das diversas demandas apresentadas, é posta de lado nessa perspectiva teórica. A tese do social apenas ancora o fenômeno jurídico na facticidade do social, mas não esclarece – e nem poderia fazê-lo – a experiência em si do jurídico tanto por parte dos atores sociais que integram a prática do direito, como por parte das diferentes instituições jurídicas.

Sustentar que a normatividade do direito em si, enquanto esquema interpretativo para se determinar as consequências jurídicas advindas dos fatos, não é suficiente para se esclarecer de que maneira o social se reformula e transforma os conteúdos normativos do direito posto. Cabe indagar: mesmo que os fatos sociais em si não possam criar direito, já que a criação é um ato que somente pode decorrer a partir das relações entre as normas do ordenamento, em nada impactariam nos conceitos e na maneira com que as normas jurídicas são interpretadas e operacionalizadas pelos atores jurídicos?

A abordagem de Oliver Wendell Holmes Jr adotou itinerário distinto, mesmo que ele mesmo não tivesse em vida sistematizado as suas posições em uma totalidade teórica coerente, a exemplo do positivismo analítico de Kelsen. Ainda assim, pode-se dizer que obras como *Common Law* e *The Path of Law* trazem consigo caminhos importantes para se examinar a experiência de uma maneira um tanto quanto diversa daquela adotada pelo positivismo analítico de Kelsen e mesmo pela jurisprudência analítica de H. L. A. Hart<sup>15</sup>. Isso porque, conforme Alexandre Lefebvre, o que Holmes propõe, ainda que indiretamente, destaca uma criatividade inerente ao próprio julgamento ao invés de nele buscar uma relação de conformidade e apreensão estática do mundo material. Lefebvre escreve o seguinte:

Eu sustento que a imagem que inicia o pensamento de Holmes é a de que a adjudicação é baseada nos desejos e interesses da sociedade *na medida em que esses mudam com o tempo*... Essa assertiva, para utilizar um termo inadequado, a de que o desejo muda com o tempo não é nenhuma premissa nem um conceito (ambos seriam estabelecidos e atuais), mas, ao invés disso, um ponto

<sup>13</sup> Cf. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 79 e ss.

Quanto a esse ponto, é oportuno considerar também a perspectiva de Joseph Raz que, seguindo H. L. A. Hart, compreende a normatividade do direito em termos de fornecer razões institucionalizadas que amparam certos cursos de ação, o que é central na determinação da responsabilidade, da culpa e das intenções dos jurisdicionados, Cf. RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2009; RAZ, Joseph. *From Normativity to Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>14</sup> Cf. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 56 e ss.

<sup>15</sup> Cf. HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York, NY: Dover Publications, 1991. p. 1 e ss.

de partida não-articulado que, veremos, vai iniciar uma teoria da adjudicação que reconhece uma criatividade inerente ao julgamento<sup>16</sup>.

Ao colocar o interesse como central para a produção do jurídico via decisão judicial (adjudicação), pode-se entender que – e isso nos leva a uma clara proximidade ao empirismo humeano –, as paixões se sobrepõem à razão: a formulação das diferentes categorias jurídicas, bem como a construção de diferentes teses a partir de circunstâncias específicas, é conduzida por diferentes interesses que podem assumir formas mais individualizadas e, portanto, restritas, a exemplo dos interesses das partes, ou, consonante ao trecho citado, interesses mais abrangentes que perpassam a coletividade. Em síntese, a operacionalidade das categorias jurídicas, estabelecida sob diferentes formas de interesses, reflete a perspectiva do jurista frente a uma situação na qual ele mesmo precisa construir algo. São esclarecedoras as reflexões de Alexandre Lefebvre quanto a essa questão:

...a raiz do direito é um plano móvel de desejos, logo a regra não pode ser estritamente repetida, já que precisa ser adaptada a um novo plano, e o juízo – que adapta a tradição ao desejo – é conseqüentemente e inevitavelmente novo e legiferante. O direito, contrariando nossas expectativas iniciais, exemplifica a repetição diferencial (uma repetição que muda, que é mudança). Juízos são necessariamente inéditos, porque eles refletem mudanças no nível do desejo de uma comunidade<sup>17</sup>.

Explorar com mais profundidade as consequências analíticas dessa imagem a qual Lefebvre aponta no pensamento de Holmes ultrapassa a temática desta pesquisa, mas pode-se discernir nela uma criatividade ancorada em uma noção de diferença que é significativamente diversa daquela que integra a teorização jurídica. O jurista americano adota uma abordagem mais ampla na qual a criatividade em si contempla também a dinâmica das instituições e da cultura específicas a um dado plano, o que, por sua vez, impacta diretamente na maneira pela qual os atores jurídicos constroem os seus casos e propõem soluções.

A criatividade, portanto, excede o dilema entre a segurança, compreendida em termos de uma operacionalização “objetiva” da norma, e ativismo, aqui identificado tão somente em termos de transgressão dos limites fixados pelo conteúdo da norma. Uma vez que o juiz está inserido em um contexto institucional mais amplo – o judiciário e a sua história, narrada a partir dos precedentes estabelecidos – e que é continuamente

---

<sup>16</sup> LEFEBVRE, Alexandre. *The Image of Law: Deleuze, Bergson, Spinoza*. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 97. No original: “I claim that the image that launches Holmes’s thought is that adjudication is based on the desires and interests of a society *as these change in time*... The claim, to use an inapt term, that desires change over time is not a premise or a concept (both of which would be stated and actual) but rather an unarticulated starting point that, we will see, launches a theory of adjudication that acknowledges the creativity inherent in judgment”.

<sup>17</sup> LEFEBVRE, Alexandre. *The Image of Law: Deleuze, Bergson, Spinoza*. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 101. No original: “...the root of law is a mobile ground of desires, then the rule cannot strictly repeat, for it must be adapted to the requirements of a new ground, and judgment - which adapts tradition to desire - is consequently unavoidably novel and legislative. Law, perhaps contrary to our preliminary expectations, exemplifies differential repetition (a repetition that changes, that *is* change). Judgments are necessarily novel, because they reflect changes at the level of a desire of a community”.

afetado por diferentes mudanças institucionais, culturais, econômicas, ou seja, externas ao plano jurídico.

Nessa direção, a operacionalidade das categorias jurídicas está diretamente associada a fazer frente à malha de interesses que atravessam o social e que estão em contínua transformação: a proposição de soluções requer um engajamento direto com a experiência da prática do jurista no qual os interesses se encontram efetivamente desdobrados ao invés de uma preocupação com a especulação teórica marcada por distanciamento e abstração, o que seria uma abordagem lógica ou centrada apenas na estrutura normativa do jurídico.

A construção do caso ocorre à medida em que o caso em si é explorado, levando os seus aspectos controvertidos a serem discursivamente articulados a partir das categorias jurídicas estabelecidas, o que refletiria aqui a adaptação da tradição ao desejo, conforme a menção de Lefebvre. Uma das razões que assentam a importância de Holmes no raciocínio que estamos construindo neste trabalho é a de que ele alarga a experiência jurídica ao mesmo tempo em que alude para uma concepção de criatividade firmemente ancorada na historicidade da prática do direito: ao abrir o sistema jurídico para o que lhe é heterogêneo, Holmes estabelece a dinâmica do jurídico a partir de sua exterioridade, ou seja, dos múltiplos processos sociais que constituíram como tal o direito positivo<sup>18</sup>.

Mas de que maneira essa experiência que abre o sistema jurídica a qual Holmes alude no início de *Common Law* pode ser trazida para o cerne da teorização jurídica, no sentido de que possa ser analiticamente destrinchada e associada aos demais conceitos aos quais os juristas recorrem para dotar a sua prática de significado? A próxima seção tratará de apontar como o empirismo humeano, quando visto a partir da perspectiva deleuziana, pode fornecer pistas para uma resposta satisfatória a essa indagação.

### O empirismo na perspectiva deleuziana: considerações preliminares

O primeiro livro de Deleuze, “Empirismo e Subjetividade”, pretende propor uma leitura alternativa da filosofia de Hume, no sentido de contornar o enviesamento histórico do criticismo kantiano e, portanto, a colocação do empirismo como posicionamento filosófico historicamente superado. Uma das poucas obras que se detém com muito cuidado em torno dessa peculiar do empirismo humeano proposta por Deleuze é a de Jeffrey A. Bell, *Deleuze’s Hume: Philosophy, Culture and the Scottish Enlightenment*.

Esta seção será baseada em ambas as obras e tem como propósito destacar, na leitura proposta pelo filósofo francês, uma concepção de experiência que possa ser apropriada para a teorização jurídica, em particular no que tane a uma construção criativa do jurídico, ou seja, visa a percorrer mais aquela direção apontada por Holmes. O que conduz a apropriação do conceito de experiência não reside, portanto, nem em uma reiteração das distinções kelsenianas e muito menos uma preocupação centrada na

<sup>18</sup> Cf. KELLOGG, Frederic R. *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 26 e ss.

cientificidade da teorização jurídica: embora algumas considerações sejam epistemológicas, distanciamos aqui das preocupações básicas que tradicionalmente norteiam o campo da epistemologia jurídica.

Um dos pontos de partida em “Empirismo e Subjetividade”, a princípio, em nada se mostraria pertinente para uma análise do jurídico e ainda menos para os nossos propósitos no que diz respeito ao conceito em si de experiência. Existem, porém, nuances importantes que tornam essa questão relevante para a proposta dessa pesquisa. Esboçemos antes o que Deleuze compreende como sendo uma das principais questões suscitadas por Hume.

A primeira indagação que conduz a leitura deleuziana é a seguinte: de que maneira o conjunto de ideias que constituem a mente formam um sistema no contexto do empirismo de Hume? Considerando que as impressões compõem um fluxo contingente e diferencial, sempre particular, de que maneira, então, elas podem ser estruturadas, já na mente, como uma totalidade coerente? É preciso salientar a externalidade da relação subjacente a essa indagação: ideias nada mais são do que cópias das impressões apreendidas pelos sentidos, ou seja, advindas da experiência empírica.

A distinção entre ideias e impressões constitui, inclusive, o ponto de partida da sua principal obra, *A Treatise of Human Nature*: a distinção em si é estruturada a partir da força e da vivacidade com que as percepções impactam a consciência do sujeito. Como pode ser observado abaixo, as impressões são mais vívidas e dispõem de uma força maior, enquanto as ideias são reflexos distantes e impressos no pensamento, um ponto que mais adiante será explorado com maior cuidado por Deleuze. Atentemos para a seguinte citação:

Todas as percepções da mente humana podem ser estabelecidas em dois tipos distintos, que eu devo chamar de IMPRESSÕES e IDEIAS. A diferença entre eles reside no grau de força e vivacidade com que eles impactam a mente, e se inserem no nosso pensamento ou consciência. Essas percepções, que adentram com mais força e violência, nós chamaremos de *impressões*; e sob este nome eu compreendo todas as sensações, paixões e emoções, na medida em que fazem a sua primeira aparição na alma. Por *ideias* eu compreendo imagens enfraquecidas delas [percepções] no pensamento e na razão; tais como, por exemplo, todas as percepções que são excitadas a partir do presente discurso, excetuando-se apenas aquelas que surgem a partir da visão e do toque, excetuando-se também a inquietação ou o prazer imediato que eles podem provocar<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> HUME, David. *A Treatise of Human Nature* (Volume 1): Texts. NORTON, David Fate; NORTON, Mary J. (Orgs.). Oxford: Clarendon Press, 2007. p. 7 [SB. 2.1 10]). No original: “All the perceptions of the human mind resolve themselves into two distinct kinds, which I shall call IMPRESSIONS and IDEAS. The difference betwixt these consists in the degrees of force and liveliness, with which they strike upon the mind, and make their way into our thought or consciousness. Those perceptions, which enter with most force and violence, we may name *impressions*; and under this name I comprehend all our sensations, passions and emotions, as they make their first appearance in the soul. By *ideas* I mean the faint images of these in thinking and reasoning; such as, for instance, are all the perceptions excited by the present discourse, excepting only, those which arise from the sight and touch, and excepting the immediate pleasure or uneasiness it may occasion”.

Reiteremos este ponto: essas ideias não chegam à mente a partir de um fio condutor pré-existente, já que a experiência é marcada por um fluxo ininterrupto de impressões contingentes e aleatórias. A constituição em si do entendimento, consoante à citação, não é estabelecida *a priori*, antes se dá em paralelo ao *continuum* da experiência empírica. Recapitulemos a indagação do parágrafo precedente: como a experiência empírica proporcionar qualquer tipo de estrutura coerente para a mente sendo o fluxo de impressões desorganizado e aleatório? Essa constitui o cerne da primeira indagação apontada pelo filósofo francês.

Com base nesse primeiro questionamento, uma segunda indagação pode ser articulada: de que maneira uma estrutura como a mente, que transcende os dados da experiência com os quais se depara, é também constituída por eles? Sim, porque na medida em que a mente atribui uma organização coerente às ideias advindas de um fluxo de impressões, ela está indo além do que lhe é dado na experiência, por isso se falar em transcendência. O problema de transformar uma multiplicidade de ideias e impressões em um sistema é, desta maneira, inseparável do problema de se explicar a constituição do sujeito a partir do dado, e um sujeito que seja irreduzível ao dado<sup>20</sup>.

Esses questionamentos constituem a base do projeto que na filosofia deleuziana será chamado de empirismo transcendental, projeto este que vai marcar e caracterizar boa parte dos posicionamentos e leituras que o filósofo francês irá desenvolver no decorrer de sua trajetória, mas cuja exposição excedem os limites temáticos desta pesquisa<sup>21</sup>. O que é importante salientar nesta questão é uma distinção que terá, ao menos para o nosso propósito, uma relevância considerável: a distinção humeana entre pensar e sentir<sup>22</sup>. As impressões estão atreladas ao sentir e podem ser descritas como percepções que se estabelecem por meio de sua força, já as ideias são cópias, representações abstratas, dessas impressões: espelham, no campo social, o mundo empiricamente apreendido pelo sujeito.

Hume desenvolve este ponto por meio de um paralelismo: as ideias simples, que não podem ser decompostas, espelham impressões simples. Esse seria o princípio da cópia, central para o sistema do filósofo escocês, porém marcado por uma série de contradições e inconsistências, conforme diferentes comentadores<sup>23</sup>. Atendendo aos objetivos desta pesquisa, é suficiente dizer que o princípio em questão antecipa – e também conduz – a uma crítica da metafísica que posteriormente vai embasar o verificacionismo do Círculo de Viena mencionado na seção precedente<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> BELL, Jeffrey A. *Deleuze's Hume: Philosophy, Culture and the Scottish Enlightenment*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009. p. 9. No original: "The problem of transforming a multiplicity of ideas and impressions into a system is thus inseparable from the problem of accounting for the constitution of a subject within the give, and a subject that is irreducible to the given".

<sup>21</sup> Para uma exposição minuciosa desse posicionamento deleuziano, Cf. BRYANT, Levi R. *Difference and Givenness: Deleuze's Transcendental Empiricism and the Ontology of Immanence*. Chicago: Northwestern University Press, 2008; SAUVAGNARGUES, Anne. *Deleuze: l'empirisme transcendental*. Paris: Presses Universitaires, 2010.

<sup>22</sup> Cf. HUME, David. *A Treatise of Human Nature* (Volume 1): Texts. NORTON, David Fate; NORTON, Mary J. (Orgs.). Oxford: Clarendon Press, 2007. p. 181 e ss [SB 276, 10]

<sup>23</sup> Cf. PEARS, David. *Hume's System*. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 33.

<sup>24</sup> É importante destacar, como Deleuze assim o faz, que essa suposta dualidade subjacente ao posicionamento de Hume, a saber, a distinção entre as ideias abstratas e a realidade independente,

Um dos pontos centrais da filosofia humeana, portanto, é precisamente aquilo que pressupõe, mas que não pode ser posto, pela experiência em si, antes a organiza. A experiência empírica apreende com facilidade a mudança incessante da propriedade dos objetos, porém justaposto a ela, existe a permanência no tempo, começando com a própria identidade do sujeito cognoscente: como assegurar, no desenrolar das experiências cotidianas, que o sujeito permaneça sendo o mesmo? Como assimilar a mudança de um objeto a partir da relação diferencial entre cada um dos seus estados? A causalidade em si não pode, ela mesma, ser derivada das impressões advindas da experiência, o que coloca em xeque a verificabilidade da permanência em si.

A resposta de Hume é carregada por uma certa dimensão psicológica: a permanência é uma pressuposição que integra as nossas vivências cotidianas com as coisas, possibilitando discerni-las em nós mesmos enquanto sujeitos de conhecimento, mas a ideia em si da permanência não pode ser derivada daquilo a que ela mesma se aplica<sup>25</sup>. O sujeito simplesmente acredita e cria, logo extrapola, o dado que lhe foi apresentado.

Sintetizando esse ponto: o que o filósofo escocês está apontado é a existência de certas noções *a priori* que constroem e formatam a experiência, ao mesmo tempo em que são afetadas por ela. O cerne da experiência, portanto, não é tanto as relações entre ideias e impressões, como se pode pensar em um primeiro momento, mas a crença e a invenção – e por isso se falar em uma dimensão psicológica. É o hábito que explica a permanência ao invés do processo de derivação da ideia a partir das impressões, mas esse hábito se estabelece a partir da crença e da invenção, ambos ancorados na razão.

Responde-se, portanto às duas indagações iniciais que acompanham o empirismo humeano: o sujeito é constituído pelo dado ao mesmo tempo em que o transcende e, por isso, não pode ser reduzido a ele. A transcendência do sujeito se expressa a partir de dois modos, a crença e a invenção, sendo por meio deles que a multiplicidade de impressões é estruturada e sistematizada, o que, no entanto, não pode ser diretamente derivado das impressões, posto que a sistematização será decorrente da criação do sujeito ao invés da apreensão de um dado. Deleuze escreve:

Veremos que, na crença e por causalidade, o sujeito *ultrapassa* o dado. Literalmente, ele ultrapassa aquilo que o espírito lhe dá: creio naquilo que nem vi nem toquei. Mas se o sujeito pode, assim, ultrapassar o dado, é porque, no

---

autônoma, a que elas adotam como referência, é falsa e não se sustenta. Isso porque a identidade das ideias não é proporcionada a partir da impressão, requerendo sempre um processo de constituição por meio da qual ela poderá ser fixada, ou seja, uma ontologia histórica, posto que a identidade necessita ser sempre reafirmada, reestabelecida e reconduzida a um sistema. Ao contrário de uma compreensão estritamente lógica ( $A=A$ ), a identidade humeana está ancorada no continuum diferencial da experiência, sendo por isso uma ficção por meio da qual se pode afirmar a permanência de um objeto a partir de um processo de sistematização. Por ser uma ficção, porém, a identidade não é verdadeira nem falsa, antes tem a função de designar a permanência de algo no espaço, inclusive porque essa permanência mesma não pode ser derivada das impressões, assim como o próprio princípio da causalidade, Cf. BELL, Jeffrey A. *Deleuze's Hume: Philosophy, Culture and the Scottish Enlightenment*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009. p. 14 e ss.

<sup>25</sup> Cf. HUME, David. *A Treatise of Human Nature* (Volume 1): Texts. NORTON, David Fate; NORTON, Mary J. (Orgs.). Oxford: Clarendon Press, 2007. p. 30 e ss [SB 37, 20].

*espírito, é antes de mais nada o efeito de princípios que ultrapassam o espírito, que o afetam*<sup>26</sup>.

O ponto central desse raciocínio reside nessa transformação da multiplicidade de ideias em um sistema de ideias através da construção de um objeto que não pode ser encontrado naquela experiência sensível, necessitando transcendê-la, remetendo à crença e à invenção. Deleuze compreende essa dinâmica a partir de uma dupla articulação: primeiramente, considerando uma certa multiplicidade, a natureza humana delimita, seleciona, acolhe certas impressões em detrimento de outras, ou seja, estabelece um recorte. Dois são os princípios aos quais esse recorte está baseado: paixão e razão. O princípio da paixão vai selecionar e distinguir conforme as impressões de prazer e de dor, enquanto a composição de impressões distintas em uma unidade pode ser realizada por um princípio de associação ou pela razão.

O segundo passo é proporcionar impressões de um reflexo associados às impressões selecionadas, ou seja, o estabelecimento de uma regularidade habitual, uma força mediante a qual outras ideias dos mesmos grupos elencados podem surgir. A estrutura de um processo é dada pela razão, certo, mas quem a dota de força necessária para que possa vir a ter uma existência? As paixões. É por essa razão que, em sua leitura particular de Hume, Deleuze entende que existe uma sobreposição – ou primariedade – das paixões sobre a razão, o que pode ser corroborado na conhecida frase do filósofo escocês de que a razão deve ser escrava das paixões. A descrição da dupla articulação é bem pontuada por Jeffrey A. Bell da seguinte forma:

Na primeira articulação, um objeto imutável se torna associado, através da ficção ou do artifício, que, no entanto, são naturais, a uma série consistente de outros que mudam no tempo. Na segunda articulação, esta série é, por sua vez, sintetizada e atualizada a partir de uma impressão na reflexão onde aquilo que é constituído é a identidade ou a crença de um objeto sentida no tempo<sup>27</sup>.

O que a dupla articulação faz é sintetizar as impressões, atribuindo-lhes um formato dotado de unidade e permanência, sendo essa última estabelecida por meio da construção de uma identidade. Dito de outro modo, é preciso explicar como a multiplicidade dos dados apreendida pelos sentidos consegue causar uma impressão duradoura na compreensão do sujeito, sobretudo na forma abstrata das ideias e dos conceitos. Esse processo de articulação também apresenta consequências pertinentes para o social uma vez que nele se encontra um importante entrelaçamento entre a razão (na forma da compreensão) e as paixões. Compreensão, ou entendimento, e paixão, como visto, são duas perspectivas que integram a filosofia humeana, mas como se conectam? Através do social: a compreensão nada mais seria do que o processo no qual as paixões são socializadas. Citemos Deleuze:

<sup>26</sup> DELEUZE, Gilles. *Empirismo e Subjetividade*: Ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 7.

<sup>27</sup> BELL, Jeffrey A. *Deleuze's Hume: Philosophy, Culture and the Scottish Enlightenment*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009. p. 16. No original: "In the first articulation, an unchanging object becomes related, through a fiction or artifice that is nonetheless natural, to a consistent series of others that change in time. In the second articulation, this series is then synthesized or actualized through an impression of reflection whereby what is constituted is the felt identity or belief of an object in time".

É verdade que a afecção passional e social é somente uma parte da natureza humana. Há outra parte, o entendimento, a associação de ideias. Mas é por convenção que se fala assim, pois o verdadeiro sentido do entendimento, nos diz Hume, é justamente tornar sociável uma paixão, tornar social um interesse. O entendimento reflete o interesse. Se podemos considerá-lo à parte, isto é, como parte separada, fazemo-lo à maneira do físico que decompõe um movimento, mas reconhecendo que ele é indivisível, não composto<sup>28</sup>.

O mesmo processo da dupla articulação, no qual a multiplicidade de impressões leva à criação de crenças e hábitos também se estende ao social, mas aqui a unificação não recai sobre as impressões, e sim sobre as particularidades, os interesses e as paixões dos indivíduos que integram o social. Neste ponto existe uma sutileza que precisa ser destacada: diferentemente das impressões, não seria passível a unificação dos interesses e das paixões dos indivíduos por serem mutuamente exclusivos. O que se pode inventar é a totalidade do social em si mesma, não a sua derivação a partir de partes específicas que, no entanto, tendem a se opor. No fim, a coerência do passional e do social resulta em um estudo da maneira como a natureza humana em si emerge a partir da afetação do espírito. Deleuze escreve:

Na história, essa coerência do passional e do social se revela enfim como unidade interna: a história tem por objeto a organização política e a instituição, estuda as relações motivo-ação no máximo de circunstâncias dadas, manifesta a uniformidade das paixões do homem. Em resumo, e de maneira extravagante, a escolha do psicólogo poderia exprimir-se assim: ser um moralista, um sociólogo e um historiador *antes* antes de ser um psicólogo e *para* ser um psicólogo. Aqui, o conteúdo do projeto da ciência do homem reúne-se à condição que torna possível um conhecimento em geral: é preciso que o espírito seja afetado<sup>29</sup>.

É aqui onde podemos discernir um dos possíveis percursos interpretativos que permitem deslocar o empirismo, tal como apreendido por Deleuze em sua leitura de Hume, para a teorização jurídica. A autocompreensão da sociedade, em particular na constituição do Estado moderno, não decorre, diferentemente do que assinalou Hobbes, na emergência da ordem jurídica em termos de ruptura com o estado de natureza, e sim de instituições inventadas a partir dos mesmos preceitos que conduzem a natureza humana. Mas que diferença seria tão significativa entre o direito e as instituições na composição da totalidade do social?

O que o direito estabelecido pelo Estado Moderno realiza é precisamente a apreensão dos interesses individuais em uma forma representativa, tal como poderá ser visto nas democracias modernas: o *corpus* político é colocado como a encarnação abstrata dos interesses e paixões que formam o social, ou seja, ele existe como substituto que atua a partir de uma coletividade específica. O direito, portanto, não inventa, antes apreende e organiza as particularidades que constituem o espaço social, restringindo-as a partir das suas disposições normativas. O que será próprio do jurídico, nesta perspectiva, é uma negatividade delimitadora: o seu foco é o da captura, seccionando

<sup>28</sup> Cf. DELEUZE, Gilles. *Empirismo e Subjetividade*: Ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 5.

<sup>29</sup> DELEUZE, Gilles. *Empirismo e Subjetividade*: Ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 4.

aspectos da realidade material e apreendendo-os a partir de categorias previamente fixadas.

Instituições, por outro lado, são invenções capazes de coordenar ações, contribuindo para a construção da crença em um interesse comum: cabe ressaltar que esse interesse abrangente não é imposto, antes inventado a partir das associações que os indivíduos estabelecem entre si ao perseguirem seus objetivos e paixões. Na formulação das instituições, o que está em jogo é a relação entre o social e a emergência das artes e das ciências. O social é o plano no qual os gênios, os impulsionadores das artes e das ciências, vão surgir, já que compartilham algo, “em espírito”, com os que se encontram em seu entorno tendo início nos primórdios de formação da sua personalidade, quando a sensibilidade estética e argúcia intelectual vão sendo moldados.

A genialidade, porém, transcende as condições dadas a partir de um experimentalismo que rompe, por vezes subverte, essas mesmas condições. O gênio não representa, ele cria experimentalmente, ou seja, sem se deixar conduzir – e ser apreendido – pelos referenciais normativos estabelecidos. A criação experimental somente pode ser chamada desta forma na medida em que se contrapõe aos modelos ancorados no social, ultrapassando-os: isso somente se mostra viável, conforme Hume, a partir de uma experimentação que se constitui em uma série de tentativas onde os resultados não podem ser antecipados, como o destino final desses experimentos também não pode ser antevisto. Um *insight* básico do empirismo é o de que os dados do passado serão sempre limitados diante das possibilidades abertas do futuro: a experimentação reside em explorar essas possibilidades já que ultrapassa os dados do presente tomados como ponto de partida.

Este raciocínio é fundamental para a reflexão proposta neste trabalho, necessitando ser reforçado: o experimentalismo a partir do qual a figura do gênio emerge vai colocá-lo numa situação de ruptura perante o contexto a partir do qual emergiu, o social: nenhum resultado último pode ser antecipado no que diz respeito ao itinerário que o gênio busca percorrer. Investigar a genialidade é, portanto, trabalhar as condições de ruptura e inventividade no que diz respeito à experiência empiricamente situada.

Não somente o destino do caminho a ser percorrido é desconhecido, como o próprio caminhar é que constrói o caminho. São diversos os exemplos nas artes e nas ciências em que se pode discernir esse experimentalismo e a dinâmica de ruptura que ele traz consigo a partir de um campo estruturado. A demarcação dos períodos, movimentos e escolas ocorre em função da diferenciação que reflete a ação da ruptura mencionada.

A título exemplificativo, a emergência da obra *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, por exemplo, pontua a subversão da forma convencional de narrativa literária, sendo, de início, inclassificável e indeterminado, carecendo de uma categoria específica para lhe apreender a forma diversa. Mesmo que se aproxime no espírito e na estrutura, como o próprio Machado de Assis assinala, de *Tristram Shady* de Laurence Sterne, ainda assim *Memórias Póstumas* conduz a tradição brasileira da narrativa por caminhos inexplorados e singulares, sem que possa ser subsumido integralmente a um movimento, escola ou

perspectiva estética presente estabelecida naquele panorama<sup>30</sup>. Aqui os dados do passado são insuscetíveis de apreenderem e explicarem as transformações que ocorrem no presente. A representação usual da narrativa romanesca sofre, neste ponto, uma certa paralisia.

O cerne da instituição é a invenção, mas uma invenção que não está apreendida naquilo que foi dado, embora venha emergir a partir dele, por isso Deleuze destaca o papel do gênio ao discutir o social na obra de Hume: o gênio é simultaneamente alguém que partilha e subverte na medida em que experimentar a partir do plano no qual se insere. No fundo, o filósofo francês enxerga aqui mais um ponto de aliança no que diz respeito ao desenvolvimento analítico do seu próprio posicionamento filosófico: já nos passos iniciais de sua produção com *Empirismo e Subjetividade*, Deleuze pretende confrontar a caracterização usual do pensamento como atividade meramente representativa. É um ponto que é transversal à sua leitura da filosofia humeana exposta nesta seção<sup>31</sup>.

Um dos aspectos centrais do empirismo transcendental deleuziano reside na afirmação persistência das relações associativas, ou seja, conjuntivas, que podem ser identificadas na dupla articulação, em detrimento das relações, por assim dizer, essencialistas ou disjuntivas. Isso de contrapõe claramente à maneira como a dogmática jurídica organiza o direito positivo por meio das suas categorias, o que, implicitamente, assinala uma certa comunhão com a *doxa*: a operacionalização das categorias jurídicas, na medida em que calcada em uma instância de reconhecimento e apreensão, tão somente reitera o que já está estabelecido entre os atores jurídicos.

Em linhas muito gerais, tendo em vista a preocupação estritamente operacional que conduz a formulação dessas categorias, a dogmática precisa apreender e delimitar uma realidade fluída e em contínua transformação: se o foco é a apreensão de um estado de coisas, então se pode dizer que o foco dessas categorias reside na permanência, portanto, naquilo que se sobrepõe às mudanças circunstanciais que afetam os usos

---

<sup>30</sup> Embora a reflexão sobre a genialidade, a rigor, pareça deslocada no que tange à linha de argumentação articulada, ela serve para acentuar uma criatividade não-dogmática, ou seja, ancorada na ruptura dos pressupostos estabelecidos que moldam a percepção da realidade material. No que diz respeito ao exemplo apontado, a emergência dessas duas obras confronta as categorias estéticas assentadas na época, como aquelas utilizadas na demarcação dos gêneros literários, ao mesmo tempo em que fornece novas veredas e dispositivos para a experimentação literária, como o narrador-autor, digressões que se desenvolvem em paralelo à narrativa principal,

<sup>31</sup> O esclarecimento mais aprofundado deste ponto ultrapassa os limites temáticos deste trabalho. No entanto, esse é um dos pontos centrais de uma das principais obras deleuzianas, “Diferença e Repetição”, como mostra o segundo capítulo, “Imagem do Pensamento”. A caracterização do começo, enquanto eliminação de todas as pressuposições é um ponto recorrente no desenvolvimento histórico da filosofia moderna, como pode ser discernido em Descartes e na crítica hegeliana ao ponto de partida cartesiano. Uma forma de resolver essa questão é apelando para aquilo que “todo mundo sabe”, mas em que consistiria esse saber, o próprio ato de pensar? Deleuze apresenta a sua noção de “imagem do pensamento” como englobando as pressuposições pré-filosóficas implicitamente compartilhadas sobre o que seria pensar: a imagem usual é a que equipara pensar com reconhecer, logo tendo uma função estritamente representativa. Para Deleuze, isso subverte o projeto inicial da filosofia, a saber, a ruptura com a *doxa*, na medida em que se encontra ancorada no senso comum, Cf. DELEUZE, Gilles. *Difference and Repetition*. New York: Continuum Press, 2001. p. 134 e ss.

específicos e a construção das categorias jurídicas. Essa é a razão pela qual sustentamos que as categorias da dogmática são marcadas por um essencialismo.

Mesmo que, desde a sua elaboração essas categorias estejam voltadas para a operacionalidade, a fixação em perguntas que buscam representar, descrever e significar uma realidade empírica determinada se encontra na quiddidade, nos elementos persistentes dessa realidade em detrimento dos processos, deslocamentos e linhas que se abrem a partir da utilização dessas categorias. Em outras palavras, o 'como' de cada categoria, ou seja, o que elas fazem, propõem e/ou rearticulam determinado grupo de problemas, questões e elementos, torna-se secundário diante da descrição e da organização da própria realidade.

Isso tem consequências importantes para a maneira como se aborda as relações que se desdobram na experiência concreta da prática do direito. A ênfase na representação acentua um ideal burguês de segurança, inerente à forma jurídica moderna, em detrimento do processo criativo do qual essas normas emergem e se transformam. As metáforas e demais imagens recorrentes na teoria do direito acentuam o desvelamento de um estado de coisas oculto: as categorias jurídicas como elementos que revelam um plano de relações estabelecido ao invés de promover novas associações entre esses elementos que, ao menos em tese, reconfigurariam questões e problemas emergentes na – e da - prática do direito. Metáforas que envolvem aplicar, resolver ou encontrar soluções pressupõem uma realidade já estruturada e que pode ser integralmente subsumidas às categorias estabelecidas.

Em síntese, nessa abordagem teórica, a criatividade do jurídico termina por continuamente reforçar aquilo que já está presente em sua estrutura normativa, levando a um empobrecimento da experiência posto que nela só será assimilado aquilo que está em conformidade com os pressupostos que informam as fontes formais do direito, principalmente as categorias da dogmática jurídica.

O caráter inventivo das instituições, ao mesmo tempo em que ancorado no social, transcende-o ao incorporar novas formas de associação outrora impensáveis. Mas como transpor algumas das consequências e questões suscitadas por essa leitura deleuziana do empirismo para o âmbito específico da teoria do direito? É o que será contemplado na próxima seção.

### **Reinscrevendo o empirismo na teoria geral do direito a partir de uma perspectiva deleuziana**

Nesta seção apresentaremos um itinerário viável para a apropriação de alguns aspectos da leitura deleuziana para o campo da teoria do direito, acompanhadas de algumas considerações que atendem a certas especificidades do campo jurídico. O eixo de exploração dessa temática recai sobre a decisão judicial uma vez que nela a dimensão da prática do direito, em particular, no que diz respeito à representação e à percepção do jurista, tendem a estar em primeiro plano. A concretude do jurídico se encontra em jogo na organização da decisão judicial, uma vez que a propositura de qualquer solução é precedida pela problematização da circunstância material, ou seja, pela construção do problema que será o cerne do caso.

Por isso o instante da decisão ultrapassa tanto esquemas argumentativos quanto métodos interpretativos o que, porém, não diminui a sua pertinência no sentido de proporcionar maior previsibilidade, ou até mesmo controle, na organização e um maior grau de compreensão das teses jurídicas e dos fundamentos que a amparam. O recorte e a construção do caso, porém, não se confundem com esses esquemas e métodos porque inexistem *a priori*: eles são conduzidos pela percepção contextualmente situada do jurista, englobando afetos e preconceitos, predileções e enviesamentos por vezes desconhecidos do próprio jurista.

A vivência do jurídico implica também na organização de uma multiplicidade de elementos em totalidades coerentes passíveis de serem articuladas a elementos normativos preexistentes, como normas e precedentes: o jurista trabalha no limiar do caos. O significado do seu trabalho exige a construção – ou, de certo modo, a imposição de uma ordem – perante a circunstância com a qual o jurista se defronta.

O caso jurídico em si não é dado na experiência, nem passível de ser apreendido pelo jurista quando com ele se defronta pela primeira vez, mas uma realidade que é construída a partir da associação de uma multiplicidade de elementos que, a rigor, não trazem consigo qualquer ordem ou conexão que precede o olhar do jurista. Considerada a sua contingência, um caso é sempre uma construção espacial-temporal que poderia ser recortada e pensada de outra maneira.

Se uma regra não pode ser estritamente repetida, tampouco pode ser ela integralmente alterada em decorrência de sua operacionalização em uma situação específica, o que, de certo modo, retoma a temática da permanência em meio à diferença que envolve o empirismo humeano. Um dos caminhos para se compreender a identidade semântica da norma, ou seja, a sua permanência enquanto expressão das fontes formais do direito, em meio à diversidade das instâncias nas quais a norma é mobilizada, é a de que a sua operacionalização remete a uma dinâmica performativa na qual, ao mesmo tempo em que a norma adquire validade a partir de sua relação, seja ela material ou formal, com as outras normas que integram o ordenamento, a sua concretização necessita levar em consideração, tanto no nível da argumentação quanto no da interpretação, as questões e os interesses, sempre específicos de cada caso, não obstante a semelhança existente entre muitos deles.

Recorrendo à linguagem humeana da qual Deleuze se apropria, os elementos constitutivos dos casos não compõem o plano sobre o qual eles serão apreendidos. A existência dos casos em si depende, pelo contrário, de um domínio preexistente no qual esses elementos podem ser dispostos, mas que não pode nem ser explicados, nem derivados, dos casos em si. Por isso não sustentarmos que a atividade do jurista, consonante à perspectiva teórica adotada nesta pesquisa, não poderia estar integralmente situada no âmbito da representação: não se trata de uma conformidade forçada entre uma circunstância particular e uma disposição geral, anulando o que seria próprio daquela para atender a esta, mas a possibilidade de que a norma se torne, no ponto do caso, outra para além do que já havia sido disposta<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Enquanto objeto técnico, pode-se dizer que o significado da norma se reflete nos usos institucionalmente aceitos que integram a construção das teses jurídicas. Ao mesmo tempo em que

Para além das diferentes formas de sua expressão, a decisão judicial pressupõe a unificação de uma multiplicidade de dados em uma estrutura a ser operacionalizada pelo magistrado, contendo problema – ou problemas – definidos e que demandem respostas ancoradas nas fontes formais do direito positivo. Essa ancoragem, porém, requer que sejam organizados os dados a partir de um recorte coeso que permita discernir, com clareza, o objeto em litígio assim como as demandas em disputa. Enquanto construção realizada pelo jurista, o caso não é propriamente uma decorrência da operacionalização das fontes formais do direito, mas da percepção que recorta, alinha e dispõe os elementos fornecidos.

Em paralelo ao que escreve Deleuze, pode-se dizer que o jurista se projeta para além dos dados que possui diante de si ao estruturar o caso ao mesmo tempo em que ele – e, para nós, esse é o detalhe mais importante –, enquanto jurista, é constituído por essas operações. Ao mesmo tempo em que ultrapassa o caso, é na dinâmica de recorte e de disposição dos elementos que o jurista constitui como tal a sua própria função: é no desenrolar deste processo que as fontes formais do direito serão operacionalizadas na formulação de respostas para os problemas decorrentes dos casos construídos.

A percepção usual da decisão judicial, porém, segue um itinerário praticamente inverso ao descrito acima: o caso, enquanto unidade, já estaria dado na circunstância empiricamente situada, inclusive com a problematização jurídica sendo pré-constituída e à própria percepção dos atores jurídicos. O olhar dos atores jurídicos tão somente revelaria um estado de coisas já formado. O direito seria visto simultaneamente como sendo restritivo, na forma das sanções presentes em determinadas normas jurídicas, como habilitador, neste ponto a partir do conceito de direito subjetivo – o que, como vimos, alinha-se à concepção de Hart/Raz na qual as normas também proporcionam razões para ação.

É a partir de Hume, mas com uma decisiva contribuição do pragmatismo de William James, que se pode discernir o que poderíamos chamar de filosofia social do jurídico nessas considerações de Deleuze<sup>33</sup>, algo que somente será abordado com mais clareza no decorrer de algumas entrevistas e incursões, aliás bastante sucintas, em que o filósofo se pronuncia sobre o direito e a sua prática. É nelas que os pronunciamentos são marcados por uma contraposição que reflete diretamente o engajamento com a filosofia humeana em *Empirismo e Subjetividade*, qual seja, a distinção entre o direito e a jurisprudência, sendo esta última próxima das instituições.

---

contextualmente vinculados, posto que somente existem a partir de práticas institucionais assentadas, a cada momento em que se manifestam os usos podem apontar para caminhos inexplorados que, muito embora inicialmente incompatíveis com as disposições estabelecidas, os novos usos acabam gradualmente sendo incorporados ao repertório comum das práticas. Trata-se de uma dinâmica habitual quando consideramos várias transformações pelas quais passaram categorias jurídicas há muito estabelecidas, como família, tributo, crime, pena, ou valores como liberdade, igualdade e dignidade no desenrolar recente da história do direito e das democracias ocidentais.

<sup>33</sup> Aqui existe uma referência direta às considerações de Laurent de Sutter apreendidas por Murilo Duarte Corrêa em sua própria análise da temática jurídica em Deleuze. Corrêa compreende a jurisprudência, no que diz respeito às considerações de Deleuze em certas entrevistas, como sendo uma categoria do social, Cf. CORRÊA, Murilo Duarte Costa. A jurisprudência como categoria social: multiplicações de Deleuze... *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 3, Jul/Set 2021, pp. 1895-1923.

Consonante ao esquema estabelecido nessa distinção, o Direito é abstrato, restritivo, criando um plano geral no qual os entes e as circunstâncias são dispostos de tal maneira que a solução para a demanda que emerge do caso construído já integre o esquema de aplicação da norma jurídica estabelecida através da subsunção, a forma usual de compreensão do juízo no contexto da decisão judicial. A jurisprudência, assim como as instituições, é inventiva, constrói e se desdobra a partir de um plano singular de relações, levando a redefinição de categorias jurídicas estabelecidas e/ou a formulação de outras.

Em paralelo ao seu engajamento com o pragmatismo de James e o empirismo de Hume, nós podemos discernir na dinâmica da jurisprudência a prevalência de relações conjuntivas/associativas uma vez que o cerne de sua atividade incide na composição de problemas, questões e interesses sempre concretos. A construção das soluções reflete diretamente a unificação dos elementos que vão caracterizar a situação fática com a qual o jurista se defronta: ela responde a um problema decorrente da sistematização de uma série de elementos que integram uma dada circunstância fática, o que conseqüentemente leva à emergência do próprio caso jurídico. A composição do caso é indissociável da perspectiva particular do jurista que vai lhe proporcionar organização e coerência.

Essa talvez seja uma das razões pelas quais Deleuze vincula diretamente a jurisprudência à vida: a sua matéria é o fluxo de situações irrepetíveis e mutáveis, o que também confere uma certa singularidade às soluções conferidas a essas situações e uma certa engenhosidade necessária para apreender o cerne de cada situação. Enquanto prática do direito, a jurisprudência, no olhar deleuziano, remete diretamente a um certo experimentalismo característico do empirismo tal como o mesmo é destrinchado em “Empirismo e Subjetividade”: a reformulação das categorias, o extrapolamento das circunstâncias estabelecidas (e o conceito de gênio, por exemplo, acentua esse ponto), a ausência de soluções/respostas pré-definidas, ou seja, uma certa abertura ao evento, seriam pontos que podem ser discernidos na caracterização que o filósofo faz da atividade jurisprudencial.

Semelhante apreciação do concreto na prática da jurisprudência fará com que Deleuze esboce uma leitura um tanto quanto refratária dos direitos humanos, em particular no que diz respeito seu potencial emancipatório. O cerne da força normativa dos direitos humanos reside em sua abstração, o que, ao menos em sua formulação teórica, faz com que ele se estenda a todas as nações, povos e indivíduos, tornando inviável uma apreensão da concretude das circunstâncias no desdobramento de sua operacionalização. Seriam, então, insuscetíveis de produzir, criar e intervir no plano social em que a jurisprudência tende a se desdobrar. A generalidade dos direitos humanos, deste modo, assinala uma retomada da transcendência, impondo um distanciamento importante da prática do direito cuja consequência maior está em circunscrever a forma jurídica a uma estrutura normativa que se encontra dissociada de sua materialidade<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Cf. MARNEROS, Christos. Deleuze and Human Rights: The Optimism and Pessimism of '68. *La Deleuziana* - Online Journal of Philosophy, n. 8, pp. 39-52, 2018. p. 39 e ss.

A pretensão emancipatória dos direitos humanos, na acepção mais fundamental de ser ele um instrumento de insurgência contra as diversas relações de dominação, é despotencializada diante da lacuna significativa entre a circunstância fática de opressão e o conteúdo normativo desses direitos, lacuna esta que engloba o arcabouço econômico do capitalismo que estabelece relações de coordenação e subordinação, ainda que implícitas, entre diferentes povos<sup>35</sup>.

Em virtude de sua ancoragem na transcendência, os direitos humanos se estabelecem como sendo mais um entrave significativo para se desenvolver o conceito de experiência na prática do direito, sobretudo quando estabelece a emergência do jurídico nos termos de uma linguagem imparcial e inclusiva. Deste modo se reforça a sua abstração, uma vez que a forma jurídica é desvinculada das circunstâncias materiais as quais condicionam e moldam tanto a operacionalização das fontes formais quanto à produção de sua forma.

As questões acima convergem para aquele que seria o principal interesse de Deleuze no que diz respeito ao empirismo humeano, atravessando várias questões desenvolvidas em *Empirismo e Subjetividade*, qual seja, o caráter inventivo e criativo da natureza humana. Qual a relação disso com o caráter político do jurídico que seria afastado, ou mesmo ocultado, pela abstração dos direitos humanos? Em que ponto essa inventividade afeta a experiência da prática do direito, em particular no tocante à decisão judicial em si?

O aspecto básico da leitura deleuziana está, como bem salientamos, na maneira com que a criatividade humana se mostra capaz de constituir identidades que extrapolam os dados apreendidos na experiência, o que, no fundo, implica indagar pelas condições de surgimento das verdadeiras rupturas e novidades. Afinal de contas, se o que a experiência proporciona já se encontra presente e interpretado a partir de esquemas que a antecedem, como a própria norma, então aquilo que a experiência em si ressalta somente pode confirmar o que já estaria estabelecido nesses esquemas. O radicalmente novo e disruptivo, como o gênio a qual discorreremos na seção precedente, não tem espaço nessa conjuntura.

Nesta direção, a concepção da norma em termos de esquema interpretativo dos fatos impede que qualquer circunstância concreta seja capaz de reformular os elementos constitutivos daquela norma, já que a sua própria validade jurídica decorre de uma conformidade com a norma: a emergência do novo não tem como ocorrer a partir desse itinerário, posto que a experiência em si, principalmente no que tange ao seu significado jurídico, está sempre confinada a uma estrutura normativa que lhe é preexistente e a

---

<sup>35</sup> Esse tipo de cumplicidade com as forças mais representativas do capitalismo, por exemplo, é um dos pontos que leva a Costas Douzinas discernir um certo esgotamento do ideal emancipatório dos direitos humanos: é consenso entre os mais variados partidos, sejam eles de esquerda ou direita, a sua defesa, o que faz com que os seus termos sejam colocados em uma linguagem “pós-política”. A ausência do que poderíamos chamar de lastro político, ou seja, uma dimensão combativa no qual se toma efetivamente partido por um lado, praticamente transforma os direitos humanos em uma metalinguagem que, ao menos em tese, seria capaz de proporcionar soluções objetivas (ou seja, não-políticas) para os impasses aos quais esses direitos são mobilizados, Cf. DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights: Critical Thought at the Turn of the Century*. London: Hart Publishing, 2000; DOUZINAS, Costas. *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. London: Routledge, 2007.

partir da qual a circunstância em si converte-se em um caso que espera uma solução jurídica.

A mencionada dupla articulação pode, ao menos neste ponto, ser reconsiderada em termos de uma transformação conjectural das estruturas normativas a partir de circunstâncias concretas em que elas são mobilizadas na propositura de soluções. Opera-se uma dupla dinâmica na qual o caso é construído e formulado através de uma operacionalização das fontes formais por parte dos atores jurídicos, porém abrindo-se espaço para uma transformação dessas fontes a partir do problema que emerge da construção do caso.

### Considerações Finais

A pretensão deste trabalho residiu em proporcionar uma perspectiva sobre o empirismo capaz de reconsiderar certos pressupostos que integraram o desenvolvimento histórico da teoria do direito, sobretudo no que diz respeito à caracterização analítica da decisão judicial em si. Estabelecer o empirismo nessa direção implica em ponderar as condições através das quais o novo pode emergir a partir de uma inadequação, ao invés de conformação, dos dados da experiência aos esquemas preexistentes que lhe atribuem significado, a exemplo das fontes formais do direito. Salienta-se com isso uma outra abordagem da relação entre subjetividade jurídica e experiência empiricamente situada: ao mesmo tempo em que o sujeito se constitui a partir de sua relação com o dado, ou seja, ele é forçado, compelido a pensar e a agir diante da circunstância com a qual se defronta, apreendendo e construindo a partir dela o caso jurídico.

Para fins de uma melhor delimitação desse posicionamento, a primeira seção realizou uma concisa contextualização do que seria uma caracterização usual do empirismo na teoria do direito. O objetivo foi elencar, de um modo muito mais exemplificativo do que exaustivo, uma certa caracterização recorrente do empirismo na teoria do direito e de que modo ela impacta a maneira com que a experiência é conceitualmente articulada no âmbito da prática do direito. Nesta seção o decisivo foi salientar a sobreposição de uma estrutura normativa que assenta a *práxis* jurídica, no caso, as fontes formais, à circunstância concreta, a matéria bruta contra a qual o jurista se defronta e a partir da qual opera: a validação jurídica e, de certa maneira, as suas possibilidades operacionais, tão somente a partir de uma relação de conformidade.

A segunda seção, no entanto, apontou uma outra possibilidade interpretativa referente ao empirismo a partir da filosofia deleuziana. Reiterando o que foi dito nas seções precedentes, o empirismo sob as lentes deleuzianas se mostra uma filosofia preponderantemente preocupada com a criatividade e, mais especificamente, com a emergência do novo, o que pode ser discernido na maneira pela qual o sujeito estrutura, e é estruturado, pela experiência sensorial por meio da qual ele conhece a realidade circundante. A dupla articulação, que pode ser identificada na filosofia humeana, acentua a transcendência do sujeito frente à experiência que lhe constitui a partir de uma série de relações associativas. Essas relações são produtivas e, sendo insuscetíveis de serem

depreendidas da experiência concreta, refletem a transcendência desta na organização dos dados com os quais se depara.

A reconsideração a qual estamos aludindo pontua uma certa pertinência em se pensar a prática do direito a partir de um desdobramento contínuo e incessante de um mesmo plano sobre si mesmo em detrimento de uma dinâmica que almeja capturar, apreender ou mesmo desocultar a realidade material a qual o jurista precisa responder. O primeiro ponto termina por minimizar, senão mesmo ofuscar, o potencial criativo inerente ao ato de julgar e decidir: a prática do direito reflete e reforça o compromisso dogmático implícito na maneira com que o juízo é pensado na práxis jurídica.

Por fim, na última seção, destacamos como a jurisprudência, uma vez caracterizada como prática do direito, opera de uma maneira relativamente dissociada dos elementos trazidos pelas fontes formais na medida em que, operacionalizando-os à luz das circunstâncias concretas, permite a construção de casos a partir de veredas distintas daquelas que até então conhecidas. O caso é reflexo de uma criatividade jurídica que não pode ser inteiramente compreendida a partir das estruturas normativas, como também mediante uma equiparação com outras práticas institucionais ainda que se mostrem semelhantes: ele remete diretamente à percepção do jurista e à maneira como ela consegue construir, a partir de uma dada circunstância, uma totalidade coerente e contingente já que, uma vez emergindo do concreto, poderia também ter sido composta de uma outra maneira.

A análise da experiência proposta nesta pesquisa teórica não implica em endossar formas de casuísmo nas quais a relevância das fontes formais diminua ou mesmo deixe de existir. Muito pelo contrário: a experiência é justamente o conceito que alude para uma criatividade capaz de enfrentar a operacionalidade das fontes formais, à diversidade dos seus usos, proporcionado um plano de inovação e experimentalismo que não só reforce significados e usos estabelecidos, como, a partir deles, impulse o surgimento de tantos outros. A prática do direito se converte em uma prática aberta de exploração e inovação da experiência presente, sendo, por essa razão, política desde o seu princípio posto estar diretamente associada às formas de vida individual e coletiva, acolhendo as suas demandas, interesses e pleitos, intensificando-os ou enfraquecendo-os.

## REFERÊNCIAS

AYER, Alfred Jules. *Language, Truth and Logic*. New York: Dover Publications. 2. ed. 1952.

BELL, Jeffrey A. *Deleuze's Hume: Philosophy, Culture and the Scottish Enlightenment*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009

BERGMANN, Gustav; ZERBY, Lewis. The Formalism in Kelsen's Pure Theory of Law. *Ethics*, v. 55, n. 2, pp. 110-130, Jan/1945.

BRYANT, Levi R. *Difference and Givenness: Deleuze's Transcendental Empiricism and the Ontology of Immanence*. Chicago: Northwestern University Press, 2008.

CORRÊA, Murilo Duarte Costa. A jurisprudência como categoria social: multiplicações de Deleuze... *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 3, Jul/Set 2021, pp. 1895-1923.

DELEUZE, Gilles. *Difference and Repetition*. New York: Continuum Press, 2001.

DELEUZE, Gilles. *Empirismo e Subjetividade: Ensaio sobre a natureza humana segundo Hume*. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2012.

DOUZINAS, Costas. *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. London: Routledge, 2007.

DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights: Critical Thought at the Turn of the Century*. London: Hart Publishing, 2000.

GREEN, Michael S. Hans Kelsen's Non-Reductive Positivism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia. *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: London, 2021, pp. 272-300.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York, NY: Dover Publications, 1991.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature (Volume 1): Texts*. NORTON, David Fate; NORTON, Mary J. (Orgs.). Oxford: Clarendon Press, 2007.

JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. *European Journal of International Law*, v, 9, pp. 368-385, 1998.

KELLOGG, Frederic R. *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEFEBVRE, Alexandre. *The Image of Law: Deleuze, Bergson, Spinoza*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MARNEROS, Christos. Deleuze and Human Rights: The Optimism and Pessimism of '68. *La Deleuziana - Online Journal of Philosophy*, n. 8, pp. 39-52, 2018.

PEARS, David. *Hume's System*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

RAZ, Joseph. *From Normativity to Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SAUVAGNARGUES, Anne. *Deleuze: l'empirisme transcendantal*. Paris: Presses Universitaires, 2010.

Data de Recebimento: 02/09/2025.

Data de Aprovação: 28/10/2025.

## RECONHECIMENTO, GÊNERO E JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL: Caso ADO 26 e UKSC 2024/0042

### Recognition, Gender and Constitutional Jurisprudence: Case ADO 26 and UKSC 2024/0042

*Sara Azevedo de Matos<sup>1</sup>*  
*Walter Claudius Rothernburg<sup>2</sup>*

#### RESUMO

O presente artigo realiza uma análise crítica comparativa entre duas decisões paradigmáticas: o caso UKSC 2024/0042, julgado pela Suprema Corte do Reino Unido, e a ADO 26, decidida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. A escolha do tema justifica-se pela relevância dos debates contemporâneos sobre igualdade, reconhecimento e identidade de gênero na jurisdição constitucional. A partir da teoria crítica do direito, com ênfase nas teorias do reconhecimento, nos estudos de gênero e na linguagem jurídica, examina-se como essas decisões mobilizam distintas concepções de igualdade e inclusão. O Direito, enquanto discurso normativo, participa da produção de reconhecimentos e exclusões por meio de categorias atravessadas por disputas simbólicas. A análise hermenêutica crítica evidencia os argumentos centrais e os silêncios normativos das decisões, especialmente quanto aos seus efeitos sobre identidades trans. Conclui-se que a decisão brasileira adota uma hermenêutica constitucional mais expansiva do reconhecimento, enquanto a decisão britânica reafirma uma concepção restritiva de igualdade.

Palavras-chave: Reconhecimento; Gênero; Teoria Crítica; Jurisprudência Constitucional; Linguagem Jurídica.

#### ABSTRACT

This article presents a critical comparative analysis of two landmark judicial decisions: case UKSC 2024/0042, decided by the United Kingdom Supreme Court, and ADO 26, ruled upon by the Brazilian Federal Supreme Court. The choice of this topic is justified by the relevance of contemporary debates concerning equality, recognition, and gender identity within constitutional adjudication. Grounded in critical legal theory, with emphasis on recognition theory, gender studies, and legal language, the study examines how these decisions articulate distinct conceptions of equality and inclusion. Law, understood as a normative discourse, participates in the production of recognition and exclusion through categories shaped by symbolic disputes. The critical hermeneutic analysis highlights the central arguments and normative silences of the rulings, particularly regarding their effects on trans identities. It concludes that the Brazilian decision adopts a more expansive constitutional hermeneutics of recognition, whereas the British ruling reaffirms a restrictive conception of equality.

Key-words: Recognition; Gender; Critical Theory; Constitutional Jurisprudence; Legal Language.

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Inclusão Social pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (Bauru). Mestra em Ciências do Envelhecimento pela Universidade São Judas Tadeu. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/9876338163937528>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5609-3953>. E-mail: [sara\\_azzo@hotmail.com](mailto:sara_azzo@hotmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Direito do Estado e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3422-3846>. E-mail: [itetgd2021@gmail.com](mailto:itetgd2021@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

O direito, enquanto discurso normativo institucionalizado que organiza a vida social, não opera de forma neutra nem dissociada das tensões socioculturais que atravessam os corpos, as identidades e as relações humanas. Longe de constituir um campo meramente técnico, apresenta-se como espaço de disputa simbólica, no qual valores, ideologias e estruturas de poder são continuamente produzidos, reproduzidos e contestados. Em um contexto global marcado pelo avanço de discursos de ódio, por retrocessos democráticos e pela tentativa de revalidação de padrões normativos excludentes, torna-se imprescindível uma revisão crítica dos fundamentos jurídicos que sustentam as ideias de igualdade, inclusão e reconhecimento.

Essa revisão exige mais do que a análise formal de normas ou decisões judiciais. Impõe uma leitura crítica capaz de evidenciar os pressupostos ideológicos do discurso jurídico, seus mecanismos de silenciamento e invisibilização, bem como suas potencialidades emancipatórias. O presente estudo parte da inquietação diante da persistência de desigualdades estruturais que, sob o manto da legalidade, continuam a ser legitimadas por decisões judiciais que se apresentam como imparciais, mas que, não raramente, reproduzem hierarquias históricas.

Parte-se da compreensão de que o direito não constitui um sistema autossuficiente, mas um campo atravessado por relações sociais, econômicas, políticas e simbólicas. Nesse sentido, categorias como igualdade, discriminação e reconhecimento não podem ser apreendidas apenas em sua dimensão formal, sob pena de ocultar os mecanismos estruturais que produzem exclusões e desigualdades. A incorporação de aportes da teoria crítica do direito e dos estudos de gênero revela-se, portanto, indispensável para a compreensão do papel do discurso jurídico na constituição de sujeitos juridicamente reconhecíveis.

É nesse cenário que se insere o objeto deste artigo, que analisa comparativamente duas decisões judiciais paradigmáticas: o caso UKSC 2024/0042, julgado pela Suprema Corte do Reino Unido, e a Ação Direta de Omissão n.º 26, julgada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. A escolha desses julgados decorre de sua centralidade no debate contemporâneo sobre igualdade, reconhecimento e proteção de minorias sexuais e de gênero, bem como de sua relevância simbólica na definição dos contornos do constitucionalismo em contextos democráticos distintos.

A análise proposta não se restringe ao conteúdo normativo explícito das decisões, mas busca identificar os valores mobilizados, as categorias jurídicas acionadas e os efeitos simbólicos produzidos pelas escolhas judiciais. Questiona-se, assim, a quem o direito reconhece, quem permanece excluído da gramática jurídica dominante e quais projetos ético-políticos orientam essas decisões.

O objetivo geral do artigo consiste em comparar criticamente as referidas decisões à luz da doutrina sobre igualdade, antidiscriminação e reconhecimento, com base em autores da teoria crítica do direito e dos estudos de gênero. Busca-se ir além da avaliação de sua validade técnico-normativa, investigando os efeitos performativos da linguagem jurídica na constituição de identidades e na produção de inclusão ou exclusão.

Do ponto de vista metodológico, adota-se uma abordagem qualitativa, fundada na análise documental e na hermenêutica crítica. A comparação entre os julgados permite identificar não apenas convergências e divergências normativas, mas também os distintos contextos político-culturais que informam as opções interpretativas adotadas.

A hermenêutica crítica é compreendida como instrumento de problematização do direito enquanto linguagem simbólica e dispositivo de poder, capaz tanto de consolidar estruturas de exclusão quanto de possibilitar processos de reconfiguração dos sentidos jurídicos.

### *Conceito de Igualdade*

A discussão sobre igualdade no campo jurídico demanda mais do que a repetição de dispositivos legais. Requer o enfrentamento do direito como prática cultural, política e simbólica, inserida em um contexto histórico de disputas por reconhecimento e redistribuição. A igualdade, nesse sentido, não se configura como ponto de chegada, mas como um campo de tensão permanente: um espaço onde se decide, cotidianamente, quem será incluído, protegido ou, ao contrário, invisibilizado e excluído em nome da ordem jurídica vigente.

Ao longo da tradição jurídico-política ocidental, o princípio da igualdade oscilou entre seu uso como ferramenta de emancipação e sua apropriação como instrumento de exclusão sutil. A distinção entre igualdade formal e igualdade material é crucial para compreender essa ambivalência. A igualdade formal, que postula o tratamento igual para todos perante a lei, ignora as desigualdades estruturais existentes na sociedade. Como ressalta Walter Rothenburg<sup>3</sup>, essa perspectiva abstrata da isonomia jurídica transforma-se em uma ficção perigosa, pois mascara a realidade de opressão de sujeitos historicamente subalternizados.

Dimitri Dimoulis<sup>4</sup> aprofunda essa crítica ao demonstrar que a promessa universalista do direito moderno foi fundada sobre uma exclusão estrutural de grupos como mulheres, negros, indígenas, LGBTQIA+ e pessoas com deficiência. Segundo o autor, a igualdade real exige uma ação estatal afirmativa voltada à correção das disparidades sociais herdadas de processos históricos de marginalização. Assim, tratar desigualmente os desiguais deixa de ser um privilégio indevido e passa a ser condição necessária para a justiça.

---

<sup>3</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade e direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri. Direitos fundamentais e igualdade. São Paulo: Saraiva, 2013.

Nesse contexto, o direito antidiscriminatório emerge como resposta normativa à insuficiência da igualdade formal. Roger Raupp Rios<sup>5</sup> afirma que a função primordial dessa vertente jurídica é desmascarar a pretensa neutralidade da norma e combater mecanismos, muitas vezes implícitos, de exclusão institucionalizada. A noção de discriminação, portanto, não pode se restringir a ações individuais intencionais. A discriminação estrutural se manifesta em normas aparentemente neutras que, na prática, perpetuam desigualdades (discriminação indireta).

Essa abordagem demanda um novo paradigma hermenêutico. O intérprete do direito precisa abandonar a análise puramente formal da norma para considerar seus efeitos concretos sobre diferentes grupos sociais. Essa reconfiguração exige escuta ativa, sensibilidade histórica e abertura ao questionamento de categorias jurídicas naturalizadas. Judith Butler<sup>6</sup> descreve esse processo como um desafio à “matriz reguladora da inteligibilidade social”, ou seja, à lógica que define quais vidas são reconhecidas como dignas de proteção jurídica.

Embora a igualdade formal ainda seja defendida por setores jurídicos e políticos sob o argumento da “isonomia absoluta”, essa postura desconsidera o caráter histórico e relacional da desigualdade. Frequentemente, esse discurso é mobilizado para atacar políticas públicas inclusivas, como cotas raciais, reconhecimento de identidades de gênero dissidentes ou ações afirmativas.

Em contraste, a igualdade material expressa uma escolha normativa comprometida com a transformação estrutural das desigualdades, deslocando o eixo da mera isonomia formal para a produção concreta de justiça social.

A atuação dos tribunais superiores é central nesse processo. Decisões paradigmáticas como a ADO 26 do Supremo Tribunal Federal ou o julgamento do caso UKSC 2024/0042 pela Suprema Corte do Reino Unido, ilustram como o Judiciário pode exercer sua função contramajoritária para redefinir os contornos da igualdade em momentos históricos decisivos. A função hermenêutica, nesses casos, ultrapassa o tecnicismo: exige coragem institucional, sensibilidade às vulnerabilidades sociais e compromisso com os princípios constitucionais de justiça e dignidade.

A teoria crítica do direito fornece o ferramental analítico necessário para essa inflexão. Ela rejeita a ficção da imparcialidade e explicita os valores políticos que informam a interpretação jurídica. Como observa Rios<sup>7</sup>, o reconhecimento da diferença não é concessão benevolente do Estado, mas resposta a uma dívida histórica. Dimoulis<sup>8</sup> reforça que a Constituição, enquanto projeto político, é um instrumento de transformação e não de conservação da ordem desigual existente.

A discussão sobre igualdade torna-se ainda mais complexa quando interseccionada com marcadores como raça, gênero e sexualidade. A abordagem interseccional, embora ainda pouco incorporada nas decisões judiciais, é essencial para uma compreensão abrangente da desigualdade. Nesse cenário, o direito

<sup>5</sup> RIOS, Roger Raupp. Direito, sexualidade e inclusão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>6</sup> BUTLER, Judith. Quem tem medo do gênero? São Paulo: Boitempo, 2024.

<sup>7</sup> RIOS, Roger Raupp. Direito, sexualidade e inclusão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>8</sup> DIMOULIS, Dimitri. Direitos fundamentais e igualdade. São Paulo: Saraiva, 2013.

antidiscriminatório não se limita a um conjunto de normas: é uma convocação ética à responsabilidade hermenêutica diante das múltiplas formas de sofrimento social.

Por fim, reconhecer a tensão entre igualdade formal e material é admitir que essa escolha reflete visões distintas de sociedade. O direito, como linguagem de poder e instrumento de ordenação social, não é neutro: ele molda horizontes possíveis, define legitimidades e sustenta (ou rompe) estruturas de exclusão. Sua atuação é, portanto, sempre política, ainda que travestida de neutralidade.

### *Teorias do Reconhecimento*

A teoria do reconhecimento consolidou-se como uma das principais correntes críticas da justiça social nas últimas décadas. Diversos autores têm demonstrado que o reconhecimento não é apenas um gesto moral ou um protocolo institucional, mas uma condição estruturante da identidade, da dignidade e da cidadania. Nesse campo, destacam-se contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth, Nancy Fraser, Judith Butler, Rahel Jaeggi e Emmanuel Renault.

Charles Taylor <sup>9</sup>entende o reconhecimento como uma necessidade vital, pois a identidade pessoal se forma no interior de relações de reciprocidade. O outro social, incluindo o Estado e o direito, exerce papel fundamental na construção da autoestima e do pertencimento. A negação do reconhecimento público a determinados grupos configura, portanto, uma forma de opressão cultural, que fere a própria constituição do sujeito.

Axel Honneth<sup>10</sup> aprofunda essa perspectiva ao propor uma gramática moral dos conflitos sociais baseada em três esferas do reconhecimento: amor (nos vínculos primários), direito (no respeito jurídico) e solidariedade (no reconhecimento social). A falha em qualquer dessas dimensões compromete a autorrealização individual e gera sofrimento moral, conceito que expressa a vivência da injustiça sentida por sujeitos desqualificados ou invisibilizados. No campo jurídico, isso desafia diretamente a neutralidade formal: decisões judiciais não apenas aplicam normas, mas operam gestos simbólicos que comunicam quem é ou não considerado digno de proteção.

Nancy Fraser <sup>11</sup>contribui ao criticar a redução do reconhecimento à esfera cultural ou subjetiva. Em sua visão, a justiça requer a articulação entre redistribuição econômica e reconhecimento simbólico. Políticas antidiscriminatórias, nesse sentido, não podem se limitar a declarações formais, mas devem vir acompanhadas de mecanismos institucionais que enfrentem as desigualdades materiais e estruturais.

---

<sup>9</sup> TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: GUTMANN, Amy (Org.). Multiculturalismo. São Paulo: Editora 34, 1994.

<sup>10</sup> HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>11</sup> FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Cadernos de Campo, São Paulo, v. 15, n. 14-15, 2006.

Judith Butler<sup>12</sup>, por sua vez, desloca o debate ao afirmar que o reconhecimento é sempre seletivo e normativo: ele estabelece os parâmetros do que é inteligível como identidade legítima. O direito, ao reconhecer, também exclui aquilo que escapa às normas dominantes. A performatividade da linguagem jurídica, segundo a autora, produz efeitos ontológicos, ou seja, constitui os sujeitos que pretende proteger, ao mesmo tempo em que silencia outros modos de vida.

Rahel Jaeggi<sup>13</sup> propõe pensar o reconhecimento como uma categoria de diagnóstico social, que permite avaliar normas e instituições à luz de sua capacidade de promover autonomia e pertencimento. Já Emmanuel Renault<sup>14</sup> alerta para os limites do reconhecimento liberal, que muitas vezes se apresenta como integração simbólica, sem ruptura com as estruturas que geram opressão. Para ele, o reconhecimento é uma prática política de resistência, protagonizada por grupos historicamente desvalorizados.

Essas abordagens, embora diversas, convergem ao apontar que o reconhecimento não se reduz à inclusão formal em categorias jurídicas preexistentes. Ele exige reconfigurar a gramática do direito, escutar as vozes das margens e reavaliar as normas à luz de sua eficácia simbólica e social. Como ilustra Honneth<sup>15</sup>, reconhecer juridicamente uma mulher trans, um quilombola ou uma pessoa com deficiência não é apenas garantir um direito individual, mas afirmar publicamente a legitimidade moral de sua existência.

No contexto das decisões judiciais analisadas neste artigo, o reconhecimento opera como marco performativo da cidadania. Decisões como a ADO 26<sup>16</sup> e o julgamento do caso UKSC 2024/0042<sup>17</sup> não apenas interpretam leis: elas ensinam à sociedade quem deve ser protegido, quem merece visibilidade e quem é visto como sujeito de direito. O reconhecimento, nesse sentido, não é um luxo teórico, mas um imperativo político e normativo em sociedades atravessadas por desigualdades persistentes.

### *Gênero, violência simbólica e crítica à neutralidade jurídica*

A pretensão de neutralidade do direito tem, historicamente, operado como mecanismo de exclusão de sujeitos que não se ajustam ao molde dominante: branco, masculino, cisgênero, heterossexual e proprietário. Ao apresentar-se como universal e imparcial, o direito reproduz, sob a forma de técnica, uma construção social e histórica situada, marcada por assimetrias de poder. Essa neutralidade, longe de ser um ideal

<sup>12</sup> BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>13</sup> JAEGGI, Rahel. Recognition and power: Axel Honneth and the tradition of critical social theory. In: THOMPSON, Michael; RENAULT, Emmanuel (Orgs.). Recognition and social conflict. London: Routledge, 2005.

<sup>14</sup> RENAULT, Emmanuel. A experiência da injustiça: ensaio sobre o reconhecimento e a luta social. São Paulo: Unesp, 2010.

<sup>15</sup> HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Tribunal Pleno, j. 13 jun. 2019.

<sup>17</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers, UKSC 2024/0042, Judgment, 2025. Disponível em: <https://supremecourt.uk>. Acesso em: 07 maio 2025.

regulativo isento, atua como filtro que legitima determinados corpos e identidades enquanto marginaliza outros.

Pierre Bourdieu<sup>18</sup>, em *A dominação masculina*, oferece uma chave interpretativa potente ao demonstrar como a violência simbólica se instala por meio da naturalização de hierarquias de gênero. Nesse processo, a linguagem e as instituições jurídicas desempenham papel crucial ao reproduzir padrões que apresentam o masculino como universal e o feminino como particular. O direito, ao operar com categorias aparentemente neutras, contribui para a invisibilização das experiências de mulheres, pessoas trans e não-binárias, reforçando um sistema de reconhecimento desigual.

Essa crítica é aprofundada por Judith Butler<sup>19</sup> em sua abordagem da performatividade de gênero. No capítulo “O cenário global”, da obra *Quem tem medo do gênero?* Butler argumenta que o gênero não é uma essência biológica, mas uma repetição de normas que constrói identidades. Ao adotar categorias jurídicas rígidas como “homem” e “mulher”, o direito não apenas reconhece, mas também impõe um modelo normativo de subjetividade, excluindo aqueles que não se conformam à matriz cis-heteronormativa. A consequência é a produção de sujeitos cuja existência jurídica se dá sob condições permanentes de instabilidade e vulnerabilização institucional.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido o direito à autodeterminação de gênero sem a exigência de laudos médicos ou cirurgias, especialmente a partir do julgamento da ADI 4275<sup>20</sup>, persistem práticas jurídicas e administrativas que operam sob uma ‘epistemologia da suspeita’, expressão usada aqui para descrever o modo como o direito, mesmo após avanços formais, continua interrogando, duvidando e condicionando a legitimidade das identidades trans.

Essa contradição evidencia o quanto a interpretação jurídica não é neutra nem desinteressada. Como aponta Robson Sávio<sup>21</sup>, a crítica hermenêutica de gênero no direito mostra que a atividade interpretativa está atravessada por valores sociais dominantes e por estruturas históricas de poder que moldam o que é, ou não, reconhecível pelo ordenamento jurídico. Desconstruir essa suposta neutralidade implica assumir uma postura hermenêutica comprometida com a justiça social, que reconheça os limites da tradição jurídica e se abra à pluralidade de formas de vida.

Essa crítica exige que o juiz, enquanto agente de interpretação e reconhecimento, compreenda que toda decisão é também um ato simbólico. Ao decidir sobre o direito ao uso do nome social, à retificação de documentos, ao acesso a tratamentos hormonais ou ao reconhecimento de uniões homoafetivas, os tribunais estão, de fato, delimitando os contornos da cidadania. Essas decisões não são apenas técnicas: elas operam no campo moral e simbólico, validando ou desautorizando modos de existência.

---

<sup>18</sup> BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

<sup>19</sup> BUTLER, Judith. *Quem tem medo do gênero?* São Paulo: Boitempo, 2024.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275. Tribunal Pleno, j. 01 mar. 2018.

<sup>21</sup> SOUZA, Robson Sávio Reis. O clamor das vítimas e a escuta da justiça: por uma hermenêutica crítica dos direitos humanos. In: BENEVIDES, Maria Victoria; SOUZA, Robson Sávio Reis (Orgs.). *Direitos humanos no Brasil 2016: relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2016.

Casos paradigmáticos, como a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26<sup>22</sup> (que equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo), demonstram o potencial transformador da jurisprudência. Nessa ocasião, o STF não apenas interpretou a Constituição, mas respondeu a uma demanda histórica de reconhecimento, contribuindo para a reconfiguração do espaço jurídico e social das pessoas LGBTQIA+. Em contrapartida, outras decisões, como aquelas que se recusam a reconhecer a autodeterminação de gênero sob alegação de lacuna legal, revelam como o formalismo jurídico pode perpetuar exclusões sob o manto da neutralidade.

O direito, portanto, precisa ser compreendido não apenas como um conjunto de normas, mas como um sistema de linguagem que produz significados sociais. Quando essa linguagem ignora ou silencia identidades dissidentes, ela legitima hierarquias de valor e reforça desigualdades estruturais. É por isso que a crítica de gênero ao direito vai além da defesa de direitos específicos: ela propõe uma revisão profunda dos pressupostos epistemológicos e simbólicos que sustentam a ordem jurídica.

Nesse sentido, superar o mito da neutralidade jurídica torna-se condição para a realização da justiça. Isso implica repensar os critérios de reconhecimento, revisar os parâmetros de legalidade e abrir espaço para formas de existência que historicamente foram silenciadas. Como lembra Butler<sup>23</sup>, o gênero não precisa ser autorizado pelo Estado para existir; o que está em questão é o poder que o direito exerce ao decidir quais vidas são dignas de reconhecimento e proteção.

A crítica hermenêutica de gênero não se limita à teoria: ela se manifesta em políticas públicas, pareceres administrativos, decisões judiciais e, sobretudo, na resistência cotidiana de sujeitos que reivindicam sua existência como legítima. Incorporar essa perspectiva ao campo jurídico é, mais do que um exercício interpretativo, um ato político e ético. Afinal, a justiça não se realiza apenas com regras bem formuladas, mas com instituições capazes de reconhecer, acolher e proteger todas as formas de vida humana

### *Análise comparativa das decisões judiciais*

#### *A Suprema Corte do Reino Unido e os limites do reconhecimento jurídico: o caso UKSC 2024/0042*

O julgamento da Suprema Corte do Reino Unido no caso *For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers* (UKSC 2024/0042),<sup>24</sup> proferido em 16 de abril de 2025, marca um ponto de inflexão na interpretação do Equality Act 2010, especialmente no que

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Tribunal Pleno, j. 13 jun. 2019.

<sup>23</sup> BUTLER, Judith. *Quem tem medo do gênero?* São Paulo: Boitempo, 2024.

<sup>24</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. *For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers*, UKSC 2024/0042, Judgment, 16 abr. 2025. Disponível em: <https://supremecourt.uk>. Acesso em: 07 maio 2025.

concerne à definição legal de “mulher” e “sexo” no contexto das políticas públicas de igualdade de gênero. A controvérsia teve origem em um desafio à orientação estatutária dos Ministros da Escócia, que buscava incluir mulheres trans com Gender Recognition Certificate (GRC) na categoria “mulher” para fins de aplicação da Gender Representation on Public Boards (Scotland) Act 2018.

A Suprema Corte, revertendo decisão anterior da Corte escocesa, concluiu que a definição de “mulher” no Equality Act se refere exclusivamente ao sexo biológico, excluindo o reconhecimento de gênero legalmente atribuído via GRC. A Corte fundamentou sua decisão em uma leitura literal do texto legislativo, sustentando que o termo “sexo” possui um significado fixo e binário, vinculado ao sexo de nascimento. Justificou-se, ainda, com base na necessidade de coerência legislativa e na proteção das políticas específicas voltadas a mulheres cisgênero, como aquelas relativas a espaços unissex, esportes e proteção contra discriminação por gravidez e maternidade.

Adicionalmente, a decisão foi respaldada pelo princípio da reserva de competência legislativa, ao considerar que o Parlamento Escocês teria extrapolado suas atribuições ao redefinir conceitos centrais como “sexo” e “mulher”, cuja regulação compete exclusivamente ao Parlamento do Reino Unido.

Sob a perspectiva da teoria crítica do direito e dos estudos de gênero, a decisão pode ser interpretada como expressão de uma abordagem estritamente formal da igualdade, que desconsidera os contextos sociais e históricos que moldam as desigualdades vividas por pessoas trans. Como analisa Benn<sup>25</sup>, ao adotar uma leitura excludente e biologizante do conceito de “sexo”, a Corte reforça uma matriz jurídica cisnormativa que invisibiliza as especificidades da vivência trans, especialmente no tocante ao acesso a direitos e espaços de representação política.

Wigley<sup>26</sup> observa que a decisão é marcada por silêncios significativos, sobretudo no que se refere aos deveres do Reino Unido frente à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), além da omissão quanto às consequências práticas da exclusão de mulheres trans de políticas afirmativas. Para Broers<sup>27</sup>, a decisão se ancora em uma definição impraticável de sexo, juridicamente ambígua e socialmente nociva, ao desconsiderar a função protetiva do reconhecimento legal de gênero e suas implicações na aplicação do próprio Equality Act.

À luz da teoria do reconhecimento de Axel Honneth<sup>28</sup>, o não reconhecimento das identidades trans constitui forma de injustiça simbólica que compromete o desenvolvimento da autoestima e a integração social desses sujeitos. Judith Butler

---

<sup>25</sup> BENN, Alex. ‘Biological Sex’ in the UK Supreme Court: Four Problems with For Women Scotland v Scottish Ministers. Oxford Human Rights Hub, 17 abr. 2025. Disponível em: <https://ohrh.law.ox.ac.uk>. Acesso em: 28 jun. 2025.

<sup>26</sup> WIGLEY, Crash. For Women Scotland: A Case of Significant Silences. UK Constitutional Law Association, 6 maio 2025. Disponível em: <https://ukconstitutionallaw.org>. Acesso em: 28 jun. 2025.

<sup>27</sup> BROERS, Anouk. The UK Supreme Court’s Unworkable Sex Definitions in For Women Scotland. Völkerrechtsblog, 28 abr. 2025. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org>. Acesso em: 28 jun. 2025.

<sup>28</sup> HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>29</sup>destaca que o direito atua como produtor de normas de inteligibilidade de gênero, de modo que decisões como essa reafirmam a cisnormatividade como único parâmetro legítimo de existência jurídica. Ao negar às mulheres trans o direito à representação em espaços de poder, a decisão da Corte atua como mecanismo de exclusão institucional e simbólica.

Além disso, ao privilegiar uma coerência normativa abstrata, a decisão ignora a função transformadora do direito em contextos democráticos. Políticas de inclusão como as previstas na legislação escocesa de 2018 visam justamente corrigir desigualdades históricas. Esse compromisso é coerente com a perspectiva da igualdade material consagrada em documentos internacionais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) <sup>30</sup>e os Princípios de Yogyakarta<sup>31</sup>.

Ao adotar uma definição jurídica de “sexo” fundada em um referencial exclusivamente biológico, a Suprema Corte britânica reafirma uma matriz cisnormativa que desconsidera a pluralidade das experiências de gênero, produz efeitos de exclusão simbólica e compromete a realização material da igualdade. A decisão, embora tecnicamente estruturada, revela os limites de uma hermenêutica jurídica insensível às dinâmicas sociais contemporâneas, na medida em que transforma uma pretensa coerência normativa em instrumento de restrição da cidadania trans.

### *Caso do STF – ADO 26*

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26)<sup>32</sup>, julgada em 13 de junho de 2019 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), representou um marco histórico no enfrentamento da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero no Brasil. A Corte reconheceu a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, configurando violação a preceitos fundamentais da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a vedação à discriminação. Como consequência, o STF equiparou essas práticas ao crime de racismo para fins de aplicação da Lei nº 7.716/1989, ampliando a proteção penal à comunidade LGBTQIA+.

No julgamento da ADO 26, o STF reafirmou seu papel contramajoritário ao reconhecer a omissão legislativa e, por maioria, decidiu equiparar a homofobia e a

<sup>29</sup> BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Assembleia Geral da ONU, 1979. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>. Acesso em: 17 maio 2025.

<sup>31</sup> COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a Aplicação da Lei Internacional de Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero. 2007. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpios\\_de\\_Yogyakarta](https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpios_de_Yogyakarta). Acesso em: 07 maio 2025.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 17 maio 2025.

transfobia aos crimes previstos na Lei do Racismo, até que o Congresso edite legislação específica. Essa decisão não apenas estabeleceu um marco normativo provisório de proteção penal, mas também assumiu um papel ativo na promoção dos direitos fundamentais de grupos historicamente marginalizados, evidenciando a importância do Poder Judiciário na garantia de direitos em contextos de inação legislativa. Comentários doutrinários contemporâneos, como os de Paulo Iotti<sup>33</sup>, reforçam a legitimidade constitucional da medida, ao argumentarem que o Supremo não inovou no ordenamento, mas apenas aplicou os princípios constitucionais vigentes para suprir a omissão inconstitucional do Legislativo.

A Corte adotou uma interpretação hermenêutica ampla, alinhada aos princípios constitucionais e ao compromisso com a proteção de minorias vulneráveis. O voto do relator, ministro Celso de Mello, destacou que a omissão do legislador representava uma “permissividade institucional para a perpetuação de práticas discriminatórias”, incompatível com os valores do Estado Democrático de Direito. O julgamento reafirmou que os direitos fundamentais não podem ser subordinados à inércia das majorias parlamentares, especialmente quando estas silenciam diante da violência sofrida por grupos vulnerabilizados.

Do ponto de vista dos avanços, a decisão do STF foi paradigmática. Rompeu com a tradição de omissão legislativa e judicial frente às demandas do movimento LGBTQIA+, respondendo com um marco jurídico provisório de proteção. Além disso, incorporou uma perspectiva crítica de direitos humanos, ao afirmar que a ausência de legislação específica não pode justificar a perpetuação da violência estrutural. Ao interpretar a Lei do Racismo à luz da Constituição, o STF reafirmou sua função de garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mesmo à revelia da vontade legislativa.

À luz da teoria do reconhecimento de Axel Honneth<sup>34</sup>, a decisão da ADO 26<sup>35</sup> pode ser compreendida como um ato de validação simbólica e moral. Ao reconhecer juridicamente a homofobia e a transfobia como formas de discriminação equiparáveis ao racismo, o STF rompeu com a invisibilidade institucional e reafirmou a dignidade jurídica das identidades historicamente marginalizadas.

Entretanto, os limites da decisão também merecem atenção. Apesar de seu potencial transformador, a criminalização por via judicial enfrenta questionamentos quanto à sua legitimidade democrática e eficácia material. A decisão está sujeita à revisão futura, diante da mudança de composição da Corte, e sua implementação depende de articulações políticas e institucionais que nem sempre acompanham a

---

<sup>33</sup> IOTTI, Paulo Roberto. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. Consultor Jurídico, 19 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/supremo-nao-legislou-nem-fez-analogia-considerar-homofobia-como-racismo>. Acesso em: 29 jun. 2025.

IOTTI, Paulo Roberto. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Homofobia e Transfobia. 27 maio 2022. Disponível em: <https://pauloiotti.com.br/2022/05/27/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-homofobia-e-transfobia/>. Acesso em: 29 jun. 2025.

<sup>34</sup> HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 13 jun. 2019. Voto do relator. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 17 maio 2025.

jurisprudência. Além disso, o enfoque na via penal, embora necessário frente à omissão legislativa, pode reforçar uma lógica punitivista que não atinge as raízes sociais da discriminação. Como adverte Judith Butler<sup>36</sup>, o reconhecimento jurídico pode converter-se em uma forma de tolerância simbólica, sem impacto substantivo nas estruturas sociais excludentes.

A decisão também foi objeto de críticas por parte de setores conservadores, que alegaram afronta ao princípio da legalidade estrita e extrapolação do papel judicial. Esse embate revela a tensão permanente entre uma leitura formalista do direito e uma abordagem crítica e transformadora dos direitos fundamentais. O STF optou por romper com a neutralidade jurídica tradicional, posicionando-se como agente de justiça social diante da omissão legislativa e da violência sistêmica.

À luz da crítica de Pierre Bourdieu<sup>37</sup> à violência simbólica, a decisão da ADO 26 pode ser compreendida como uma intervenção no campo jurídico que, embora amplie o reconhecimento, ainda se limita aos contornos normativos da estrutura vigente. O direito, ao decidir quem merece ou não proteção, exerce poder simbólico que legitima identidades e reorganiza hierarquias. A inserção da população LGBTQIA+ na proteção penal, ainda que significativa, permanece condicionada a dispositivos legais que não enfrentam a totalidade da exclusão estrutural.

A comparação com a decisão da Suprema Corte do Reino Unido no caso UKSC 2024/0042 evidencia a divergência entre abordagens jurídicas diante das mesmas tensões contemporâneas. Enquanto a Corte britânica adotou uma interpretação restritiva da igualdade, pautada na definição biologicista de sexo, o STF brasileiro assumiu uma postura inclusiva e transformadora, reinterpretando a legislação infraconstitucional à luz do princípio da dignidade. Essa diferença revela não apenas visões distintas sobre o papel do Judiciário, mas compromissos ético-políticos divergentes com os ideais de justiça e reconhecimento.

Em suma, a ADO 26 constitui um passo relevante, embora ainda insuficiente, na construção de uma ordem jurídica comprometida com a igualdade material. O desafio permanece em avançar além da resposta penal, instituindo políticas públicas inclusivas, práticas institucionais efetivas e uma hermenêutica jurídica sensível à pluralidade. Como observa Roger Raupp Rios<sup>38</sup>, o direito antidiscriminatório deve articular medidas de prevenção, reparação e transformação. Não basta punir: é preciso reconfigurar as bases normativas que sustentam a exclusão.

Por fim, o verdadeiro teste da decisão não está apenas em sua formalização judicial, mas na capacidade do direito brasileiro de sustentá-la na prática cotidiana da jurisprudência, da legislação e da administração pública. Como alerta Walter Rothenburg<sup>39</sup>, a igualdade material exige mais do que declarações de princípio: exige a revisão profunda dos critérios jurídicos e simbólicos que ainda estruturam a exclusão.

---

<sup>36</sup> BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>37</sup> BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

<sup>38</sup> RIOS, Roger Raupp. Direito, sexualidade e inclusão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>39</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e ações afirmativas. São Paulo: Malheiros, 2012.

Ademais, a orientação firmada no julgamento da ADO 26 foi posteriormente reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em julgados subsequentes. Destaca-se, nesse contexto, o julgamento dos embargos de declaração no Mandado de Injunção n.º 4.733, ocasião em que a Corte esclareceu que a tutela antidiscriminatória decorrente da decisão não se restringe a ofensas dirigidas ao grupo em abstrato, admitindo-se o enquadramento de manifestações homotransfóbicas também como injúria racial, enquanto espécie do crime de racismo<sup>40</sup>.

### *Diálogo entre os julgados*

A comparação entre os julgados da Suprema Corte do Reino Unido (UKSC 2024/0042)<sup>41</sup> e do Supremo Tribunal Federal do Brasil (ADO 26)<sup>42</sup> revela mais do que divergências metodológicas ou hermenêuticas. Ela escancara concepções antagônicas sobre o papel do direito na disputa por reconhecimento, igualdade e inclusão. Em ambos os casos, as cortes foram chamadas a enfrentar o silêncio do legislador frente à proteção de grupos marginalizados. Contudo, as respostas judiciais seguiram caminhos opostos: uma reafirmou os limites tradicionais da normatividade, outra tensionou o próprio alcance da legalidade para ampliar direitos.

No caso britânico, a UKSC adotou uma interpretação estritamente textualista e biologizante da palavra “sexo”, com base na estabilidade semântica do Equality Act de 2010. A Corte optou por preservar a coerência formal da legislação, mesmo diante dos impactos sociais excludentes de sua leitura. Como aponta Broers<sup>43</sup>, essa escolha representa uma forma de resistência à pluralização das identidades jurídicas, sustentando a cisonormatividade como critério implícito de cidadania. Para Wigley<sup>44</sup>, trata-se de uma decisão marcada por silêncios significativos, que desconsidera os compromissos internacionais do Reino Unido com a proteção de minorias e ignora a função emancipatória do direito.

Já o STF, no julgamento da ADO 26, operou em sentido inverso. A Corte reconheceu que a omissão legislativa frente à violência contra pessoas LGBTQIA+ configurava uma violação aos preceitos fundamentais da Constituição. A partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação à discriminação, a decisão adotou uma hermenêutica transformadora da Lei n.º 7.716/1989, estendendo

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 4.733/DF, Embargos de Declaração, Tribunal Pleno, julgamento concluído em 21 ago. 2023, Rel. Min. Edson Fachin, em que se reconheceu a possibilidade de enquadramento de ofensas homotransfóbicas como racismo e injúria racial.

<sup>41</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers, UKSC 2024/0042, Judgment, 2025. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk>. Acesso em: 2025.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 13 jun. 2019.

<sup>43</sup> BROERS, Anouk. The UK Supreme Court’s Unworkable Sex Definitions in For Women Scotland. *Völkerrechtsblog*, 28 abr. 2025. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/the-uk-supreme-courts-unworkable-sex-definitions-in-for-women-scotland/>. Acesso em: 28 jun. 2025.

<sup>44</sup> WIGLEY, Crash. For Women Scotland: A Case of Significant Silences. UK Constitutional Law Association, 6 maio 2025. Disponível em: <https://ukconstitutionallaw.org/2025/05/06/crash-wigley-for-women-scotland-a-case-of-significant-silences/>. Acesso em: 28 jun. 2025.

sua aplicação à homofobia e à transfobia. Iotti<sup>45</sup> observa que essa interpretação não representou ativismo judicial, mas sim o cumprimento do dever constitucional de proteger direitos fundamentais diante da omissão legislativa deliberada.

A tensão entre os julgados evidencia duas concepções distintas sobre o papel do Judiciário. A Suprema Corte britânica reafirma sua função como guardiã da ordem normativa e da divisão clássica de competências legislativas. Já o STF assume sua posição como agente de justiça constitucional, disposto a intervir quando a omissão institucional compromete a proteção de grupos historicamente vulnerabilizados. Em um caso, o direito é tratado como instrumento de estabilidade; no outro, como ferramenta de transformação.

Judith Butler<sup>46</sup> sustenta que o direito possui o poder de legitimar ou invalidar existências. Esse poder performativo é particularmente sensível quando se trata de corpos dissidentes, como os de pessoas trans. No caso britânico, a leitura jurídica reafirma a exclusão institucional dessas identidades, negando-lhes representação política e acesso a políticas inclusivas. No julgamento brasileiro, por outro lado, o direito se converte em linguagem de reconhecimento, conferindo dignidade e visibilidade a quem historicamente esteve à margem da proteção jurídica.

Ambas as decisões enfrentaram lacunas legislativas, mas a forma como cada corte respondeu a esse vácuo normativo reflete seus compromissos ético-jurídicos. A UKSC priorizou a coerência sistêmica e a reserva de competência, mesmo ao custo da exclusão de sujeitos vulneráveis. O STF, por sua vez, optou por tensionar a legalidade em nome da efetividade dos direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, de uma disputa entre paradigmas: de um lado, o direito como técnica de contenção; de outro, o direito como prática de justiça. A análise comparativa permite compreender como as decisões judiciais não apenas interpretam normas, mas também instituem sentidos políticos e sociais sobre quem pode ou não ser reconhecido como sujeito de direitos.

### *Crítica hermenêutica: o que dizem as decisões e o que silenciam?*

A hermenêutica crítica, inspirada nas contribuições de Hans-Georg Gadamer<sup>47</sup>, Paul Ricoeur e Robson Sávio Reis Souza, permite compreender que o sentido de uma decisão judicial não se esgota no texto explícito, mas também se constrói a partir de seus silêncios e de suas omissões interpretativas. O que se diz e o que se cala na linguagem

---

<sup>45</sup> IOTTI, Paulo Roberto. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. Consultor Jurídico, 19 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/supremo-nao-legislou-nem-fez-analogia-considerar-homofobia-como-racismo>. Acesso em: 29 jun. 2025.

IOTTI, Paulo Roberto. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Homofobia e Transfobia. 27 maio 2022. Disponível em: <https://pauloiotti.com.br/2022/05/27/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-homofobia-e-transfobia/>. Acesso em: 29 jun. 2025.

<sup>46</sup> BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>47</sup> GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Petrópolis: Vozes, 2004.

jurídica são igualmente relevantes para revelar as estruturas simbólicas que sustentam (ou desafiam) determinadas visões de mundo.

Sob essa ótica, o julgamento da Suprema Corte do Reino Unido, no caso UKSC 2024/0042, pode ser lido como uma decisão formalmente justificada, mas hermenêuticamente limitada. Ao aderir rigidamente à literalidade do texto legal e à coerência normativa abstrata, a Corte silencia sobre a precarização das vidas trans, sobre os efeitos sociais da exclusão jurídica e sobre os compromissos internacionais de proteção aos direitos humanos. Como observa Ricoeur<sup>48</sup>, interpretar não é apenas aplicar regras, mas abrir-se ao sentido do outro, algo que a decisão britânica parece recusar ao desconsiderar a experiência histórica e política das pessoas trans.

O silêncio jurídico, nesse contexto, adquire valor performativo: legitima a exclusão simbólica e reitera a invisibilidade normativa. A violência da decisão não reside apenas em sua conclusão, mas no fato de que ela não reconhece como violência aquilo que exclui, hierarquiza e nega inteligibilidade a sujeitos dissidentes. Trata-se, portanto, de uma hermenêutica que preserva a estabilidade textual ao custo do reconhecimento social.

No julgamento da ADO 26, por sua vez, o Supremo Tribunal Federal realiza uma ruptura parcial com essa lógica. A Corte nomeia a violência, explicita a omissão legislativa e reconhece juridicamente sujeitos historicamente marginalizados. Esse gesto de enunciação rompe com o silêncio institucional que recaiu por décadas sobre a população LGBTQIA+. Como destaca Souza<sup>49</sup>, dar nome ao sofrimento é um ato político e epistemológico: torna visível aquilo que antes era silenciado.

Contudo, a crítica hermenêutica exige aprofundamento. A escolha da via penal como resposta predominante à violência estrutural levanta questionamentos importantes: até que ponto o direito, ao punir, realmente transforma? O reconhecimento jurídico por meio da criminalização, embora necessário, não substitui políticas públicas afirmativas, nem desfaz a matriz de exclusão que permeia o próprio sistema jurídico.

Ambas as decisões, portanto, expressam escolhas hermenêuticas e políticas. Nenhuma decisão judicial é neutra. Todo julgamento é um ato performativo que reconfigura o campo jurídico e produz efeitos sociais concretos. Como observa Gadamer<sup>50</sup>, compreender é sempre interpretar a partir de um horizonte, e esse horizonte é atravessado por valores, omissões e pressupostos históricos.

A crítica hermenêutica, nesse sentido, não se contenta com a descrição das normas, mas desafia o direito a escutar as vozes historicamente silenciadas, inclusive aquelas que ainda não encontram lugar dentro das próprias Cortes. Transformar o campo jurídico implica reconhecer que há mais no silêncio de uma decisão do que a neutralidade pretende ocultar.

---

<sup>48</sup> RICOEUR, Paul. Do texto à ação: ensaios de hermenêutica II. Lisboa: Edições 70, 1990.

<sup>49</sup> SOUZA, Robson Sávio Reis. O clamor das vítimas e a escuta da justiça: por uma hermenêutica crítica dos direitos humanos. In: BENEVIDES, Maria Victoria; SOUZA, Robson Sávio Reis (Orgs.). Direitos humanos no Brasil 2016: relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2016. p. 95–103.

<sup>50</sup> GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Petrópolis: Vozes, 2004.

## *Intersecções com a teoria crítica*

A análise das decisões judiciais aqui propostas inscreve-se no horizonte da teoria crítica do direito, abordagem que compreende o campo jurídico como um dispositivo de poder simbólico, discursivo e institucional, e não como mero reflexo técnico da legalidade. Conforme argumentam Duncan Kennedy<sup>51</sup>, Boaventura de Sousa Santos<sup>52</sup>, Luis Alberto Warat<sup>53</sup> e Lenio Streck<sup>54</sup>, o direito opera como linguagem que classifica, hierarquiza e silencia, legitimando modelos dominantes sob o véu da neutralidade. Não se trata apenas de aplicar normas: cada decisão judicial é uma prática performativa, um ato de constituição simbólica de sujeitos e exclusões.

Sob essa lente crítica, o direito não é um espelho neutro da sociedade, ele constrói, estabiliza e naturaliza as mesmas estruturas de poder que proclama regular. O acórdão britânico UKSC 2024/0042 cristaliza essa lógica de exclusão: ao restringir a categoria “mulher” ao sexo atribuído ao nascimento, a Suprema Corte reafirma um modelo de reconhecimento condicional, alinhado à cisheteronormatividade, e desqualifica identidades trans ao convertê-las em problemas jurídicos a serem contidos. Como argumenta Axel Honneth<sup>55</sup>, tal desqualificação gera sofrimento moral, uma forma de opressão que afeta diretamente a autoestima e a dignidade social. Judith Butler<sup>56</sup>, por sua vez, lembra que a performatividade da linguagem jurídica não apenas descreve a realidade, mas define os limites do que pode ser considerado uma vida digna.

Essa operação simbólica é tudo menos neutra: como diagnosticou Pierre Bourdieu<sup>57</sup>, o direito detém poder de classificação simbólica, naturalizando hierarquias ao apresentá-las como fatos técnicos. No caso britânico, o vocabulário jurídico aparentemente descritivo funciona como instrumento de dominação, estabilizando um sentido binário para “sexo” e silenciando a experiência histórica das pessoas trans. A linguagem se torna, assim, mecanismo de exclusão institucionalizada, reforçando normas sociais sob a roupagem da coerência legal.

Em contraste, a decisão do STF na ADO 26 revela outra chave hermenêutica: ao estender os efeitos da Lei do Racismo à homofobia e transfobia, a Corte desloca o centro semântico da norma e inscreve novos sujeitos no campo da proteção penal. Não se trata apenas de aplicar o direito penal a uma nova categoria: trata-se de afirmar institucionalmente que essas vidas importam. O gesto rompe, ainda que parcialmente, o silêncio normativo sobre a violência estrutural sofrida por corpos dissidentes, ecoando a

<sup>51</sup> KENNEDY, Duncan. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system*. New York: New York University Press, 1983.

<sup>52</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaios sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto: Afrontamento, 1988.

<sup>53</sup> WARAT, Luis Alberto. *Ética da libertação e direito: para uma crítica da razão cínica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>55</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>56</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>57</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

proposta de Nancy Fraser<sup>58</sup> por justiça simbólica, sem ignorar seus limites. A criminalização, embora necessária diante da omissão legislativa, corre o risco, como alerta Butler<sup>59</sup>, de cristalizar identidades exclusivamente na figura da vítima, secundarizando agência, resistência e desejo.

A linguagem jurídica, aqui, torna-se campo de disputa. No julgamento britânico, ela opera como aparato de exclusão simbólica, enquanto no brasileiro, mobiliza-se como estratégia de resistência discursiva, ao inscrever no regime constitucional sujeitos até então precários. Ainda assim, ambos os casos revelam os limites do direito tradicional: no Reino Unido, a norma reifica desigualdades ao nomeá-las como técnica; no Brasil, acolhe o dissidente desde que ele se conforme ao molde penal de vulnerabilidade, e não como agente transformador.

Quem, então, é o sujeito de direito construído por essas decisões? No Reino Unido, o sujeito jurídico universal é uma abstração marcada por gênero, raça e sexualidade, é aquele que não perturba a norma. No Brasil, emerge um sujeito que clama reconhecimento a partir da dor, cujo valor só é confirmado quando o Estado preenche lacunas deixadas pelo legislador. Em ambos os casos, revela-se a seletividade do reconhecimento: as cortes constroem, e não meramente descobrem, os sujeitos que elegem como destinatários da proteção jurídica. Tal seletividade não opera apenas no eixo da identidade de gênero, mas articula-se com marcadores estruturais como raça e classe, evidenciando que a precarização jurídica não incide de maneira homogênea. A vulnerabilidade social das pessoas trans, por exemplo, assume contornos distintos quando interseccionada com desigualdades raciais e econômicas, aspecto frequentemente silenciado pela gramática jurídica tradicional<sup>60</sup>. E, ao fazê-lo, revelam sua posição na tensão entre uma hermenêutica da conservação, onde a coerência formal vale mais que vidas concretas e uma hermenêutica da transformação, disposta a reescrever categorias para incluir vozes historicamente silenciadas.

A teoria crítica convida, portanto, a avaliar decisões judiciais não apenas pelo que dizem, mas pelo que silenciam. Silenciar a precarização das vidas trans, como faz o acórdão britânico, equivale a legitimar a exclusão sob a aparência da técnica. Nomear a violência, como faz a ADO 26, rompe o véu da neutralidade, mas exige avançar da punição à transformação estrutural. O desafio hermenêutico não é apenas aplicar melhor o direito, mas transformar sua gramática interna, reescrevendo os critérios de inteligibilidade jurídica.

Em última instância, reconhecer não é apenas conceder status normativo, mas afirmar a existência legítima de sujeitos historicamente apagados. O direito, enquanto linguagem performativa, tem o poder e a responsabilidade de não apenas responder às demandas por justiça, mas de reconfigurar as formas pelas quais a justiça é nomeada, distribuída e sentida. O confronto entre o julgamento britânico e a decisão brasileira não

---

<sup>58</sup> FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. Cadernos de Campo, São Paulo, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

<sup>59</sup> BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>60</sup> CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. Stanford Law Review, 1991.

revela apenas caminhos jurídicos distintos: revela visões de mundo incompatíveis sobre o que é dignidade, quem tem o direito de ser visto e qual o papel das instituições na produção de pertencimento. A teoria crítica, nesse contexto, não é lente complementar, mas exigência ética de leitura que articula reconhecimento (Honneth)<sup>61</sup>, redistribuição (Fraser)<sup>62</sup> e desconstrução normativa (Butler)<sup>63</sup>. Não se trata mais de interpretar a norma, mas de transformar o horizonte do possível dentro do campo jurídico.

### *Considerações finais*

A análise comparativa das decisões da Suprema Corte do Reino Unido (UKSC 2024/0042) e do Supremo Tribunal Federal brasileiro (ADO 26) revelou que o direito, mais do que um conjunto de normas, atua como instância simbólica e política que molda a realidade e define quem é ou não reconhecido como sujeito de direito. Embora ambas as cortes tenham se debruçado sobre demandas por igualdade e dignidade de pessoas LGBTQIA+, suas decisões expressam visões antagônicas sobre o papel do direito: ora como mantenedor da ordem estabelecida, ora como vetor de transformação.

A decisão britânica, ao fixar uma definição biologizante de “mulher”, reforça a matriz cisnormativa e marginaliza identidades trans sob o argumento da coerência legal. Trata-se de um reconhecimento condicionado, que legitima a exclusão ao apresentar limites normativos como verdades neutras. Ao ignorar os efeitos materiais e simbólicos dessa exclusão, a Corte reafirma estruturas de poder e cristaliza hierarquias de gênero e sexualidade sob a aparência de técnica.

Já a decisão do STF, ao equiparar homofobia e transfobia ao crime de racismo, mobiliza o direito como instrumento de inclusão simbólica e proteção jurídica. Ainda que limitada à via penal, a decisão rompe com silêncios históricos e institucionaliza novas subjetividades no campo da cidadania. A hermenêutica adotada afirma que a dignidade de grupos vulnerabilizados não pode ser subordinada à inércia legislativa. No entanto, ao restringir-se à lógica punitiva, mantém-se presa a um modelo que reconhece o sujeito dissidente apenas sob a condição de vítima.

A teoria crítica, em diálogo com os estudos de gênero e a teoria do reconhecimento, oferece um horizonte fértil para compreender essas decisões não como meras interpretações legais, mas como atos políticos performativos, marcados por disputas simbólicas. Autores como Kennedy, Santos, Warat, Streck, Honneth, Fraser, Butler, Bourdieu, Jaeggi e Renault convergem ao afirmar que o direito produz efeitos muito além de sua função regulatória: ele constrói mundos, autoriza existências e oculta violências.

No campo do direito antidiscriminatório, a crítica hermenêutica revela que as normas jurídicas não operam em abstrato: elas são ativadas em contextos históricos

<sup>61</sup> HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>62</sup> FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. Cadernos de Campo, São Paulo, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006. (Obra original de 2001).

<sup>63</sup> BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

concretos, atravessados por relações de poder. A disputa entre reconhecimento e invisibilização é, portanto, também uma disputa pela linguagem jurídica por aquilo que o direito nomeia como digno de proteção, e por aquilo que ele insiste em manter como exceção, ruído ou desvio.

Embora o STF tenha dado um passo importante ao afirmar que a omissão legislativa não pode justificar a exclusão, a efetividade dessa postura depende da superação de uma cultura jurídica ainda marcada pelo formalismo e pela seletividade. Uma verdadeira justiça interseccional exige que as estruturas do direito e não apenas suas decisões episódicas, sejam reconfiguradas para dar lugar à pluralidade de sujeitos, experiências e corpos.

Nesse sentido, essa abordagem não é apenas um instrumental teórico: é uma exigência ética. Ela propõe que o direito seja não apenas instrumento de regulação, mas também linguagem de reconstrução do comum. Isso implica deslocar o centro da racionalidade jurídica, abrindo-se à escuta das margens, à historicidade das exclusões e à necessidade de repensar as próprias categorias fundantes do discurso jurídico moderno.

O desafio reside em transformar a gramática do reconhecimento, de modo que o sujeito de direito deixe de ser uma abstração universal e passe a refletir, de forma concreta, as diversidades que compõem o tecido social. Isso exige enfrentar as resistências estruturais do sistema legal, ultrapassar os limites da dogmática clássica e construir uma hermenêutica inclusiva, sensível às interseccionalidades de gênero, raça, classe e sexualidade.

O futuro do direito, portanto, não poderá prescindir de uma perspectiva crítica e transformadora. O julgamento das cortes não revela apenas divergências técnicas, mas escolhas políticas profundas sobre quais vidas importam. Assumir essa dimensão do jurídico é tarefa inadiável para qualquer projeto democrático comprometido com a justiça substantiva.

## REFERÊNCIAS

BENN, Alex. *'Biological sex' in the UK Supreme Court: four problems with For Women Scotland v Scottish Ministers*. Oxford Human Rights Hub, 17 abr. 2025.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n.º 4.733/DF*. Embargos de Declaração. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento concluído em 21 ago. 2023.

BROERS, Anouk. *The UK Supreme Court's unworkable sex definitions in For Women Scotland*. Völkerrechtsblog, 28 abr. 2025.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. *Quem tem medo do gênero?* São Paulo: Boitempo Editorial, 2024.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS; SERVIÇO INTERNACIONAL PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Yogyakarta, 2006. Versão em português disponível em: DHnet – Direitos Humanos na Internet. Disponível em: [https://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](https://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 07 maio 2025.

CONJUR. Diário da classe: *crítica à hermenêutica do direito*. 11 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito/>. Acesso em: 07 maio 2025.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”*. Tradução de Júlio Assis Simões. Cadernos de Campo, São Paulo, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v15i14-15p231-239>. Acesso em: 06 maio 2025.

FRYE, Marilyn. *The politics of reality: essays in feminist theory*. Freedom, CA: The Crossing Press, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1999.

HASLANGER, Sally. *Resisting reality: social construction and social critique*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

IOTTI, Paulo Roberto. *Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo*. Consultor Jurídico, 19 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/supremo-nao-legislou-nem-fez-analogia-considerar-homofobia-como-racismo>. Acesso em: 29 jun. 2025.

IOTTI, Paulo Roberto. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – homofobia e transfobia*. [S. l.], 27 maio 2022. Disponível em: <https://pauloiotti.com.br/2022/05/27/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-homofobia-e-transfobia/>. Acesso em: 29 jun. 2025.

JAEGGI, Rahel. *Recognition and power: Axel Honneth and the tradition of critical social theory*. In: THOMPSON, Michael; RENAULT, Emmanuel (Orgs.). *Recognition and social conflict*. London: Routledge, 2005.

KENNEDY, Duncan. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system*. New York: New York University Press, 1983.

ONU. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW)*. Assembleia Geral da ONU, 1979. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>. Acesso em: 17 maio 2025.

PARLAMENTO DA ESCÓCIA. *Gender recognition reform (Scotland) bill*. Introduzido em 2 mar. 2022. Disponível em: <https://www.gov.scot/policies/lgbti/gender-recognition/>. Acesso em: 07 maio 2025.

RENAULT, Emmanuel. *A experiência da injustiça: ensaio sobre o reconhecimento e a luta social*. São Paulo: Unesp, 2010.

RICOEUR, Paul. *Do texto à ação: ensaios de hermenêutica II*. Lisboa: Edições 70, 1990.

RIOS, Roger Raupp. *Direito, sexualidade e inclusão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaios sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto: Afrontamento, 1988.

SOUZA, Robson Sávio Reis. *O clamor das vítimas e a escuta da justiça: por uma hermenêutica crítica dos direitos humanos*. In: BENEVIDES, Maria Victoria; SOUZA, Robson Sávio Reis (Orgs.). *Direitos humanos no Brasil 2016: relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2016. p. 95–103.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUPREME COURT UK. UKSC 2024/0042, judgment. Disponível em: <https://supremecourt.uk>. Acesso em: 07 maio 2025.

TAYLOR, Charles. *A política do reconhecimento*. In: GUTMANN, Amy (Org.). *Multiculturalismo*. São Paulo: Editora 34, 1994. p. 9–72.

WARAT, Luis Alberto. *Ética da libertação e direito: para uma crítica da razão cínica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

WIGLEY, Crash. *For Women Scotland: a case of significant silences*. *UK Constitutional Law Association*, 6 maio 2025. Disponível em: <https://ukconstitutionallaw.org>. Acesso em: 28 jun. 2025.

Data de Recebimento: 10/12/2025

Data de Aprovação: . 03/02/2026

## MODERN PROHIBITION OF *NON LIQUET* AND THE EXCEPTION: CONTINGENCY FORMULA FOR DECISION AND DEVELOPMENT OF THE PARADOXES OF THE LEGAL SYSTEM<sup>1</sup>

Leonel Severo Rocha<sup>2</sup>  
João Salles Pinto<sup>3</sup>

### ABSTRACT

This article argues that the modern prohibition of *non liquet* operates as a semantic contingency formula through which the legal system manages the paradox of decision and preserves its functional differentiation. Grounded in a pragmatic-systemic methodological framework and drawing on Niklas Luhmann's theory of autopoietic social systems, the study maintains that courts occupy a structurally exceptional position because they are obliged to decide even where legal determination appears impossible. This obligation transforms undecidability into institutionalized decidability, converting paradoxical indeterminacy into communicative continuity. By revisiting the historical evolution of *non liquet*, from Roman law to modern codifications, and engaging contemporary debates on exceptionality, the article demonstrates that exception is not merely a political category but an operative presupposition of judicial decision-making. The prohibition of denial of justice thus functions as a mechanism that invisibilizes paradox while reinforcing organizational autonomy and systemic closure.

Keywords: Prohibition of *non liquet*; Legal system; Paradoxes; Judicial Decision; Luhmann's theory.

### RESUMO

Este artigo sustenta que a proibição moderna do *non liquet* opera como uma fórmula semântica de contingência por meio da qual o sistema jurídico administra o paradoxo da decisão e preserva sua diferenciação funcional. Fundamentado em uma abordagem metodológica pragmático-sistêmica e apoiado na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, o estudo argumenta que os tribunais ocupam uma posição estruturalmente excepcional, pois estão obrigados a decidir mesmo quando a determinação jurídica se apresenta como impossível. Essa obrigação transforma a indecidibilidade em decidibilidade institucionalizada, convertendo a indeterminação paradoxal em continuidade comunicativa. Ao revisitar a evolução histórica do *non-liquet*, do direito romano às codificações modernas, e ao dialogar com debates contemporâneos sobre excepcionalidade, o artigo demonstra que a exceção não é apenas uma categoria política, mas um pressuposto operativo da decisão judicial. A vedação da denegação de justiça funciona, assim, como mecanismo de invisibilização do paradoxo, reforçando a autonomia organizacional e o fechamento sistêmico do direito.

Palavras-chave: Proibição do *non-liquet*; Sistema jurídico; Paradoxos; Decisão judicial; Niklas Luhmann.

<sup>1</sup> This work is funded by the research project "Theory of Law and Social Differentiation in Latin America" (UNISINOS); by the projects: "Intersystemic Constitutionalism: Constitution and fundamental rights between Constitutional Theory and Legal Sociology (CNPq) and NON LIQUET AND JURISPRUDENCE OF EXCEPTION: towards a systemic legal conceptualization of exception in jurisprudential analysis of the Supreme Federal Court and its distinction in global society (CNPq)", as well as being linked to the project "Multisectoral and systemic crises", funded by the Capes/Cofecub Call for Proposals No. 32/2022.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/3283434447576859>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6971-1412>. E-mail: [leonel.rocha@icloud.com](mailto:leonel.rocha@icloud.com)

<sup>3</sup> Pós-Doutor em Teoria do Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutor em Direito, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/1869048059845984>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7374-8736>. E-mail: [jpsalles9@gmail.com](mailto:jpsalles9@gmail.com)

## INTRODUCTION

The limits and expansive tendencies of autopoietic social systems, particularly the legal system and its institutional organizations, have become central concerns in contemporary socio-legal theory. Within the framework of systemic pragmatism and Luhmannian systems theory, renewed attention has been given to the structural conditions under which judicial decision-making operates in contexts of increasing social complexity.<sup>4</sup>

Against this backdrop, several fundamental questions arise: Do courts decide according to autonomous systemic criteria, or do they risk functional overlap with politics and other social systems? Are there structural limits to judicial action? Does the growing elasticity of judicial intervention signal functional differentiation, de-differentiation, or the stabilization of exceptionality within law itself?

These questions have acquired particular urgency in contemporary debates, especially in jurisdictions marked by strong judicial protagonism.<sup>5</sup> These concerns surface strongly in the international literature and, especially, within the Brazilian context.

In this sense, it is worth highlighting how issues such as *fake news* and the subsequent judicial inquiries have intensified debates surrounding the limits of judicial decision-making<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Special emphasis on: PINTO, João Paulo Salles. *O Guardiã da Exceção: perspectivas em Carl Schmitt, Giorgio Agamben e pela Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2026; ROCHA, Leonel Severo; PINTO, João Paulo Salles. Fake news and the improbability of communication through the communication of exception. *Sequence of Political Legal Studies*, vol, 44, n. 93, 1–28, 2023. Available at: [https://www.researchgate.net/publication/373484940\\_Fake\\_news\\_and\\_the\\_improbability\\_of\\_communication\\_throug\\_the\\_exception\\_communication](https://www.researchgate.net/publication/373484940_Fake_news_and_the_improbability_of_communication_throug_the_exception_communication). Accessed on April 5, 2025; TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: social constitutionalism in globalization**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. THE LAW BEFORE ITS LAW: FRANZ KAFKA ON THE (IM)POSSIBILITY OF LAW'S SELF REFLECTION. *Direito. UnB - University of Brasilia Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 12-31, January 1, 2014, p. 19. Available at: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24620>. Accessed on: May 4, 2026; TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski and OLIVEIRA, Elton Somensi (org). *Contemporary currents of legal thought*. Barueri: Manole, 2010; TEUBNER, Gunther. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. *Law e Society Review*, 1989. Available at: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_ma\\_9533.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_9533.pdf). Acesso em: 01 de jan de 2026

<sup>5</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. Paradoxes in the self-description of the legal system: systemic corruption and judicial activism. *Electronic Journal of the Law Course at UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e30746, May./Aug. 2019. ISSN 1981-3694. Available at: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30746> Accessed on: April 6, 2023;

PINTO, João Paulo Salles. *Systemic Corruption and Human Rights: The Place of Paradox in the Self-Description of Law*. Curitiba: Juruá, 2018.

<sup>6</sup> PEREIRA, Joaquim Eduardo; VIEGAZ, Osvaldo Estrela. DISSOLUTION OF THE LEGAL SYSTEM IN THE DOUBLE CONTINGENCY OF EXCEPTION – CONVERSATION BETWEEN NIKLAS LUHMANN AND GIORGIO AGAMBEN. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 15, n. 2, 2021; LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. The Supreme Sovereign in the State of Exception: the (dis)application of the law by the STF within the scope of the “Fake” Investigation News” (Survey No. 4,781). *Sequence (Florianópolis)*, p. 173-203, 2020. Available at: <https://www.scielo.br/j/seq/a/3rd8dS8fb5j5pVH4rBbsfbB/abstract/?lang=pt> Accessed on January 5, 2026; LEMOS, Aana Claudia Secundo da Luz. The Limits of Law: Observations on the Role of the Brazilian Supreme Federal Court in the Judicialization of Public Policies. In: *Rafaele De Giorgi and the Observers*. Jonas Lemos: Luciano Nascimento Silva (org.). 1st ed. Campina Grande: PB- Plural, 2022, p. 54-55. DE CHUEIRI, Vera Karam; DE GUALANO GODOY, Miguel. *Brief essay on the Judiciary and the Executive in the pandemic: the exception, the rule or the exception as a rule*. ACADEMIA. EDU, 2020; COSTA, José Lucas Lima da; SANTOS, Wigna Beatriz Silva dos. FAKE NEWS SURVEY THE DANGER OF CREATING A NEW INSTRUMENT OF SOCIAL CONTROL. In: *Conexão Unifametro 2020 - Fortaleza- CE*,

These developments have substantially revived discussions regarding the scope and meaning of judicial power, systemic boundaries and legal functionality.

This article advances systems-theoretical scholarship by reframing the prohibition of non liquet not merely as a procedural guarantee or historical doctrinal artifact, but as a structural semantic device through which the legal system stabilizes its own paradox of decision.

While existing readings within Niklas Luhmann's framework emphasize the inevitability of decision under conditions of contingency, they do not fully explore how the categorical obligation to decide functions as a contingency formula that transforms undecidability into operational continuity.

By conceptualizing the ban on non liquet as an internal mechanism of paradox invisibilization, this study extends systems theory beyond descriptive reconstruction and proposes a refined understanding of judicial exceptionality as a permanent structural condition rather than an episodic disruption. In doing so, it offers a conceptual bridge between systemic closure, functional differentiation, and the institutionalization of decision under conditions of structural indeterminacy.<sup>7</sup>

Although Luhmann<sup>8</sup> did not formulate a specific theory of exception, his analysis of the differentiation between center and periphery in *Das Recht der Gesellschaft* allows for a reinterpretation of judicial exceptionality. Courts, as central organizations of the legal system, are placed in a structurally distinct position: unlike peripheral legal actors, they cannot refrain from deciding<sup>9</sup>. This prohibition of *non liquet* reveals a paradoxical condition, courts must decide precisely where decision appears impossible.<sup>10</sup>

---

2020. Available at: <https://www.doity.com.br/anais/conexaounifametro2020/trabalho/169084>. Accessed on: March 17, 2026.

<sup>7</sup> PINTO, João Paulo Salles; ROCHA, Leonel Severo. PARADOXES, DECISION AND INDETERMINATION: AN ATTEMPT TO APPROACH NIKLAS LUHMANN, GUNTHER TEUBNER AND GIORGIO AGAMBEN. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. (Org.). *The future of the Constitution: Social constitutionalism in Luhmann and Teubner*. 1st ed. Porto Alegre- RS: Editora Fi, 2021, v. 1, p. 1-638.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. LUHMANN, Niklas. *The Society of the Society*. Translated by Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de RL de CV, 2006. LUHMANN, Niklas. *The Law of Society*. Translated by Saulo Krieger. New York: Routledge, 2016. LUHMANN, Niklas. *Organization and decision making*. Trans. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005. LUHMANN, Niklas. *Sociology of Law*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. The third Question: The creative use of Paradoxes in Law and Legal History. *Journal of Law and Society*, 1998, p. 153-165. Available at: <https://steffenroth.files.wordpress.com/2014/04/1410051.pdf>. Accessed on: March 1, 2026;

<sup>9</sup> In this sense, in our translation: "First of all, we repeat: neither laws nor contracts are under the obligation to decide. The validity of the law can change - or be changed - with the selection of these forms. In this regard, only the courts live in an exceptional situation (*Nur die Gerichte have in this Hinsicht eine Ausnahmestellung*). It is possible that, for political or economic reasons, a decision is required of laws and contracts. But in this case, the constraints are of a different nature, and in the face of them the legal system is free to decide whether they are legally relevant. Only they are responsible for handling the paradox of the system - regardless of how one wants to call it concretely. Only they must, where it is necessary, transform indeterminacy into determination (*Nur sie müssen, wo nötig, Unbestimmbarkeit in Bestimmbarkeit transformieren*). [...] The paradox, however, is the sanctuary of the system (*Heiligtum des Systems*), and its divinity (*Gottheit*) is offered in multiple configurations. [...] Therefore, the question of the unfolding of the paradox is the key to the problem of differentiation, and it is from the form of differentiation that it is regulated which semantics acquires or loses plausibility (LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 320.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 320

By revisiting the historical evolution of *non liquet*, from Roman law to modern codifications, and by engaging critically with contemporary discussions on exceptionality, particularly those associated with Giorgio Agamben<sup>11</sup>, the article demonstrates that exception should not be understood solely as a political category. Rather, exceptionality emerges as an operative presupposition of judicial decision-making within functionally differentiated society.<sup>12</sup>

From this starting point, and employing pragmatic-systemic methodology, one can at least reconsider the theme by observing how the presupposition of an “exceptional experience” within courts authorizes, and obliges, them to decide, even when faced with high levels of complexity and irritability.<sup>13</sup>

In the chapters that follow, we argue that Luhmann’s description of the courts enables a response that links the presupposition of exceptionality to the semantic formulas used to manage paradoxes (i.e., moments of improbability). Consequently, this process is closely connected to the preservation of the legal system’s functional differentiation within contemporary society.

Accordingly, the conclusion proposed here, drawing from a pragmatic-systemic methodological approach, is that the mandatory *de-paradoxization* (*Entparadoxierung*<sup>14</sup>) experienced by courts, despite their heightened sensitivity to environmental complexity, allows for a mode of autonomous semantic respecification. Through the presupposition of

---

<sup>11</sup> AGAMBEN, Giorgio. Stato di eccezione e guerra civile. *Quodlibet*, 2022. Available at: <https://www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben> Accessed: 28 jan 2026; AGAMBEN, Giorgio. Biosicurezza e politica. *Quodlibet*, 11 mai. 2020. Available at: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-biosicurezza>. Accessed: 30 jan. 2026; AGAMBEN, Giorgio. *State of Exception*. Lisbon: Editions 70, LDA, 2010.

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 319-320

<sup>13</sup> In this sense, the author even goes so far as to say that, in our translation: “How could other sources of delimitation be thought of? If we take as a basis an expanded concept of system, in the sense of a construct of autopoiesis, we can envision quite distinct sources of delimitation of the room for maneuver in decision-making - precisely organization and profession. [...] Being a member of an organization also means that interactive behavior has limits, the transgression of which allows for a complaint regarding the service. Organization means that errors must be kept within the framework of what is legally accepted. Some may rebel against the prevailing opinion, challenge the higher courts, but always with acceptable arguments (going forward, we see here a mutual and necessary cooperation between organization and profession). [...] Finally, the organization wants to decide that there are different positions, different salaries, that is, careers. And, when it comes to a career, a lot depends on where and how decisions are made - each move always requires cooperation between self-selection and heteroselection. “From the point of view of the questions: how do we arrive at the limitations of the margin of possibility by determining the possibilities that allow combining 1) independence, 2) dependence on the legal text (binding by the law in force) and 3) the prohibition of denial of justice, so that organization and profession are functionally equivalent? This makes it understandable that a regional comparison is made between very different forms of organization and expressions of professionalism. [...] Certainly the function referred to the courts has two faces, and the second is becoming increasingly important. On the one hand, jurists (lawyers, but also judges) prepare the formal decision for the dispute; on the other, in the context of precautionary practice, they are concerned with formulating the legal instruments in such a way that the dispute can be avoided. [...] Here, paying attention to the operational side of the autopoiesis of the legal system and not so much to the institutional side, the organizational and professional influence with regard to what is communicated or not communicated stands as a borderline zone circumscribing the true legal activity. Protected by organization and professionalization, the court presents its own decision as an interpretation of current law and application of current law that transforms current law.” (LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 444).

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir, (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 56-57

exceptional experience, paradoxical indeterminacy can be transformed into decisive determination, reinforcing the autonomous functional differentiation of law.

The semantic formula that enables this management of paradoxes in relation to exception is described here as the “*prohibition of non liquet*.” Within a systemic perspective, this notion of exceptionality plays a crucial role in identifying and defining judicial organizations, shaping their dynamics and their interactions with the broader social system of which they are part.

### Function And Decision: Courts As A Central System Of Law

Although a wide range of studies examine the role of courts in contemporary society, authors such as Niklas Luhmann<sup>15</sup> offer a unique theoretical contribution to understanding their function within the autopoietic legal system. From the methodological premises of the pragmatic-systemic approach<sup>16</sup>, an essential question arises regarding the function, structure and selectivities inherent to judicial activity within legal communication. This analysis is carried out from the standpoint of a second-order observer.

For this purpose, it is possible to note that social systems, such as law, have historically benefited from concrete organizational premises to establish their relationship with the environment of variety. This observation is made taking into account the aforementioned observation style that “a legal system only allows itself to be differentiated as an internally differentiated system.” (Luhmann, 2016, p. 396).

According to the author, the concept of “internal differentiation” means that, from the point of view of the social system, everything that is not part of its own self-reflections is considered environment. Consequently, from Luhmann's perspective : “it is important to verify, first of all, the positioning of the courts as a partial system differentiated from law”<sup>17</sup>.

In other words, the aim is to describe the courts based on the following score: “what form of differentiation is imposed on the legal system when it is forced to differentiate in courts?”<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. LUHMANN, Niklas. *The Society of the Society*. Translated by Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de RL de CV, 2006. LUHMANN, Niklas. *The Law of Society*. Translated by Saulo Krieger. New York: Routledge, 2016. LUHMANN, Niklas. *Organization and decision making*. Trans. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005. LUHMANN, Niklas. *Sociology of Law*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. The third Question: The creative use of Paradoxes in Law and Legal History. *Journal o law and Society* , 1998, p. 153-165. Available at: <https://steffenroth.files.wordpress.com/2014/04/1410051.pdf>. Accessed on: March 1, 2026;

<sup>16</sup> ROCHA, Leonel Severo; PINTO, João Paulo Salles. Fake news and the improbability of communication through the communication of exception. *Sequence of Political Legal Studies*, vol, 44, n. 93, 1–28, 2023. Available at:

[https://www.researchgate.net/publication/373484940\\_Fake\\_news\\_and\\_the\\_improbability\\_of\\_communication\\_through\\_the\\_exception\\_communication](https://www.researchgate.net/publication/373484940_Fake_news_and_the_improbability_of_communication_through_the_exception_communication) Accessed on April 5, 2026. ROCHA, Leonel Severo. *Legal problems : a transdisciplinary introduction*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985; ROCHA, Leonel Severo. *Legal Epistemology and Democracy*. 2nd ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006; ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxes of Self-observation: paths of contemporary legal theory*. 2nd ed. rev. and updated. Unijuí , 2013

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 399

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.

The systemic methodology seeks to describe the issues through an operational and, consequently, *heterarchical approach*. In this sense, Luhmann dispenses with proposing an institutional hierarchical contribution of a semantic or syntactic nature.

Based on an operational difference between the center and the periphery, the position of the courts becomes explicable. Considering this observational perspective, one can describe the courts as the epicenter of the system, since a decision is constantly expected from them. In other words, the courts have an obligation to make decisions.

“The operational closure of the system and its displacement of any and all direct participation in the environment corresponds to the need, internal to the system, to have to decide”<sup>19</sup>

The term "decide", therefore, refers to the action of making a determination or choosing an option in relation to a specific situation or problem. In the mentioned context, decision observation can be understood as the process of analyzing and perceiving how a choice is made or a resolution is reached.

As for Luhmann's perspective on decision-making as a concrete unfolding of the paradox of law, he argues that the possibility of making a decision only arises when it is not possible to decide clearly and definitively. In other words, decision-making becomes necessary when a situation presents complexity, uncertainty or conflict, and there is no clear or predetermined answer.

This paradoxical view of decision-making suggests that decision-making is a contingent response to complex circumstances, where there is no option written into the system. Therefore, decision-making emerges as a process that deals with tensions and contradictions inherent in law.

In other words, the permissibility of decision only arises because, therefore, it is not possible to decide, “Even because the decision cannot be confused with the alternatives to be chosen”<sup>20</sup>. In this way, it is considered from “the difference that constitutes the alternative or more precisely, it is the unity of this difference. Therefore, “a paradox”<sup>21</sup>. [...] “The fact that the courts see themselves as having the obligation to decide is the starting point for the construction of the legal universe, for legal thought and for legal argumentation”<sup>22</sup>.

Precisely, the function of the courts to make decisions in situations where it is not possible to avoid the need to decide is what makes them the center of the legal system. They assume this central role due to their responsibility to deal with complex and controversial (paradoxical) cases, in which the application of existing laws may not be sufficient to resolve in a clear and direct way, “since otherwise the decision would already be decided, and it would only be a case of recognizing it”<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 410

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 411.

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 410-411.

<sup>22</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 423.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 411.

According to the Luhmannian view, courts play a significant role in operationalizing the paradox of the legal system. They act as decision-makers in the face of complex communication with the environment in which they are inserted.

In another perception, such functional distinction between periphery and center allows, in the same aspect, a certain place for a temporalized investigation of the decision. “An extension of time is only possible if the present is inserted as a distinction, as a unit of difference between past and present, [...] the decision operates within the scope of its own construction, which is possible only in the present”.<sup>24</sup>

Thus, in addition to the responsibility of making decisions, courts need to establish guidelines for the future, even if decisions always occur in the present and the future remains uncertain. [...] “the decision has consequences for those present in the future”<sup>25</sup>.

Luhmann’s pretext for outlining, “That the courts have to deal with the issue of building stability in instability”, in view of consolidations of meaning such as “justice”, for example<sup>26</sup>.

Likewise, this generates significant concern regarding consequences, as well as an illusion built around the term "procedure", since the consequences of decisions, although they can be discussed, cannot be completely known.

“Taking all this into account, the decision is a paradox that cannot be thematized, but at best, only mystified”<sup>27</sup>. “Authority, decorations, all of this occupies a place that prevents the paradoxical nature of decision-making from appearing as a paradox”<sup>28</sup>, as well as “denouncing that the reason that legally decides on what is legal and illegal is also a paradox, and that the unity of the system can only be observed as a paradox”<sup>29</sup>.

However, it is a fact, as suggested by Luhmann, that regardless of the situation that arises, the courts must make decisions and this undoubtedly represents the way in which jurisdiction frees itself completely from political control.

What allows judges, in this sense, to admit the impetus to decide? Thus, “Looking back, one has the impression that the risk of decision-making inherent in all law had to be distributed across two instances (jurisdiction and legislation) in order to become tolerable.”<sup>30</sup>

From the observed perspective, the courts present themselves as the central organization of the legal system because they do not have the option of refraining from making decisions. This differs from the periphery of the organizational system, where there is no such obligation, and these elements play an important role as contingent cognitive support.

---

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 412-413.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 413.

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 414.

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 413.

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 413.

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 413.

<sup>30</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 403.

“Precisely for this reason the periphery serves as a contact zone with other systems of functions in society - be it the economy, domestic family life or politics”<sup>31</sup>

### The Prohibition Of *Non-Liquet*: “Exception And Management For Responding To Paradoxes And Maintaining Functional Differentiation

“The norm that corresponds to this central situation is that the denial of justice is prohibited” (modern prohibition of *non liquet*)<sup>32</sup>. In this way, Luhmann observes that the issue of exceptionality operated through the concept of *non liquet*, that is, the prohibition of the impossibility of deciding<sup>33</sup>, places a demand on the legal system for a universal competence capable of deciding on all cases that reach the center of the system.<sup>34</sup>

“First of all, we repeat: neither laws nor contracts are under the obligation to decide. [...] In this regard, only the courts are in an exceptional situation” (*Nur die Gerichte have in this Hinsicht eine Ausnahmestellung*)<sup>35</sup>. It is precisely this problem of the relationship between universality and decision-making capacity that explains the prohibition of the denial of justice. In legal system, an imperative norm continues to be valid even in counterfactual situations.

Consequently, the issue of the prohibition of denial of justice leads to the system self-describing persisting theoretically with this fundamental installation of the function of the courts, especially in view of the issue of interpretation.

In the meantime, this is where the importance of principles or even hard cases becomes evident, for example. “Therefore, these are cases in which knowledge of the law in force is not enough to indicate who is in possession of the right [...] nevertheless, the courts must decide on these cases”.<sup>36</sup>

“This is how the paradox of undecidable decisions must unfold in one way or another”<sup>37</sup>. Here the difference and importance of an observation focused on the non-paradoxical legal operations of the courts becomes evident.

In short, it can be described that the paradox of decision always seeks to find acceptable forms of concealment. However, this question raises another question: where is the paradox made invisible? Luhmann observes that it is, above all, in the jurisdiction that this occurs.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 430.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 414.

<sup>33</sup> In this sense, in Brazil, there is an express legal provision that states: “Art. 4 When the law is silent, the judge will decide the case in accordance with analogy, customs and general principles of law”. (BRAZIL. Law 12,376, of December 30, 2010. *Law of Introduction to the norms of Brazilian Law*. Brasília: Planalto, 2010.)

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 414.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 320.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 419

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 419.

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 427.

“Therefore, the question of the unfolding of the paradox is the key to the problem of differentiation [...] thus the need to replace the hierarchical model – jurisdiction and legislation – with a differentiation between center and periphery is imposed”<sup>39</sup>.

Luhmann emphasizes that: “the problem is not in the process of differentiation, but in the contingency of the already differentiated system that, nevertheless, reacts to the distinction between legislation and jurisprudence”<sup>40</sup>

“All of this brings us the suspicion that takes us deeper and dissolves the level of discussion that has been reached so far”<sup>41</sup>

Luhmann<sup>42</sup> also notes that these central organizations responsible for dealing with the paradox are describable in other social systems of meaning. In the economic system, for example, we can see that banks stand out as organizations that deal with communication complexities.

Same aspect, the State is observed as an organization of the political system, because it has a decisive role in maintaining collectively applicable decisions, independent of the consensus discussions that occur on the periphery of the system, that is, in the legislative sectors.

Precisely, the organization and professionalization of skills play a crucial role in this regard. The operational differentiation corresponding to the system makes it possible to deal with the risks of activities, including the calculation of the consequences involved. In this sense, it is possible to observe that only in the center of the system are other differentiation configurations notable, such as segmentation and a certain hierarchy.

These characteristics are more prominent in the center, where functions and responsibilities are distributed in a more specialized and organized way. “Only the courts constitute a hierarchy, only they differentiate themselves horizontally according to the distinct spatial or professional competences”.<sup>43</sup> For example, a hierarchical court, such as the Supreme Federal Court in Brazil, allows itself to interpret issues based on its own decisional recursion.

Indeed, when we consider the operative conception of the autopoiesis of the legal system, it is notable that the influence of organization and professionalization plays a central role in true legal activity.

More than just semantic issues, the way in which the legal system is organized and professionalized is fundamental to its functioning.<sup>44</sup>

“Protected by organization and professionalization, the court presents its own decision as an interpretation and application of current law that transforms current law”<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 428

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 403.

<sup>41</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 414.

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 446

<sup>43</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 432.

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 444-445

<sup>45</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016

As a result, the observed operative differentiation between “center and periphery” instead of the conventionally made distinction between “legislation and jurisdiction” allows a new perspective to analyze the circularity or institutional dimension in which the legal debate is normally situated. This places the position of the courts and their presumed exceptionality as a fundamental condition for concretely dealing with the paradox of law.<sup>46</sup>

The distinction established between organization and system, as well as between center and periphery, allows, however, the self-observation that the courts play a fundamental role as a central operational apparatus that has the presupposed decisive exceptionality, being responsible for establishing a communicative relationship between the legal system and the environment in which they operate.

There is, as can be seen, a transformation in the pretext that since the jurist and judge Roman Aulus Gellius [ *Aulus Gellius* ] (123–165) meant *Non Liquet* [ *more specifically, non liquere* ] (*unclear*).

*Sed maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum.*<sup>47</sup>

In our translation:

But I thought it was greater and more grievous than befitting my age and mediocrity, that I should be seen to be known and condemned by character, and not by the proofs of acts; to acquit myself, however, I did not refuse to bring it to my mind, and therefore I swore to myself that it was not clear, and so I was freed by that judgment.<sup>48</sup>

The premise that the Roman judge could fail to decide when it was not “clear”, or even that of appealing to the emperor to resolve the controversy, already in the so-called imperial era of *cognitio extra ordinem*<sup>49</sup>, in which the process was centralized in the institutional

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main : Suhrkamp , 1993 p. 320

<sup>47</sup> GELLIUS, *Aulus. Noctes Atticae*. Liber XIV, 25. Available at: [http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/14\\*.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/14*.html) Accessed on: August 5, 2026.

<sup>48</sup>In the same sense:

*Non Liquet. Lat. is not clear. In the Roman courts, when any of the judges after the hearing of a cause, were not satisfied that the case was made clear enough for them to pronounce a verdict, they were privileged to signify this opinion by casting a ballot subscribed with the letters 'NL' the abbreviated form of the phrase non liquet .”* (BLACK, Henry Campbell. *Black’s law dictionary*. 4th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1951. Available at: <https://heimatundrecht.de/sites/default/files/dokumente/Black%27sLaw4th.pdf> Accessed on: August 19, 2025). Also in our translation: *Non Liquet. Lat. not clear. In the Roman courts, when any of the judges, after hearing a case, was not convinced that the case was clear enough to pronounce a verdict, they had the privilege of expressing this opinion by means of a ballot inscribed with the letters 'NL' the abbreviated form of the phrase non liquet. Nevertheless, even due to the scarce genealogical research on this topic in Brazil, we highlight the study by: MARMELSTEIN, George. Buridano 's donkey, the non liquet and the katchangas. *Direitos Fundamentais.net*, 2009. Available at: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Accessed on: August 10, 2025. However, one work seemed fundamental to us in reading, it is: RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, v. 10, p. 1, 2004. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/non-liquet-from-modern-law-to-roman-law/39A39129D985C841515540EEFF78F841> Accessed on: Mar 02, 2026.*

<sup>49</sup>That is how it is, according to several authors, who here, out of respect, we will not cite, erroneously seen as the end of *Non Liquet*. See in this sense: RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, v. 10, p. 1, 2004, p. 22. Available at:

figure of the judge<sup>50</sup> and, therefore, a public sentence from him was expected<sup>51</sup>, was only effectively resolved in 543 AD when Justinian published novel 125, “*De Iudicibus*”<sup>52</sup>.

In this, the emperor highlighted the prohibition of the practice, stating that judges should: *perfecte examere causam et quod sibi iustum atque legitimum visum sit iudicare* (examine the case with the greatest care and pronounce themselves according to what seems fair and legitimate to them<sup>53</sup>).

Thus, as Rabello highlights: “the certain assumption may thus be made that the Novella 125 of Justinian actually lays down the same rule as later adopted by modern legal systems, by imposing upon the judges the duty to pronounce judgment in all cases”<sup>54</sup>.

In this way, it is a “not clear (*ex-capere - non liquere*)” as a constituent field of a decision and exception (the prohibition of *non liquet*) that is created (“according to what seems fair and legitimate to them”).

Authors such as Agamben have already made it quite clear in their historical study of the issue that the issue of *non liquet* has to do with the exception in an evolutionary sense. See:

According to some authors, in a state of necessity “the judge elaborates a positive law of crisis, just as, in normal times, he fills the gaps in the law” (Mathioti, 1956, p.424). In this way, the problem of the state of exception is related to a particularly interesting problem in legal theory, that of gaps in the law. At least from art. 4 of the Napoleonic Code (“the judge who refuses to judge, under the pretext of silence, unclear meaning or insufficiency of the law, may be prosecuted as guilty of denial of justice), in most modern legal systems the judge is obliged to pronounce a judgment, even when faced with a gap in the law. [...] But, in fact, what does the gap in question consist of? Is it really something like a gap without its own meaning? It

---

<https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/non-liquet-from-modern-law-to-roman-law/39A39129D985C841515540EEFF78F841> Accessed on: Mar 02, 2026.

<sup>50</sup>See in this sense: See in this sense: RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, v. 10, p. 1, 2004, p. 21. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/non-liquet-from-modern-law-to-roman-law/39A39129D985C841515540EEFF78F841> Accessed on: Mar 02, 2026. p. 21.

<sup>51</sup>See in this sense: RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, v. 10, p. 1, 2004, p. 21-22. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/non-liquet-from-modern-law-to-roman-law/39A39129D985C841515540EEFF78F841> Accessed on: Mar 02, 2026.

<sup>52</sup> RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, v. 10, p. 1, 2004, p. 21-22. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/non-liquet-from-modern-law-to-roman-law/39A39129D985C841515540EEFF78F841> Accessed on: Mar 02, 2026.

<sup>53</sup>The translation is made by Alfredo Mordechai Rabello himself: “... to examine the case with the Uttermost care and to pronounce in accordance with what appears to them fair and legitimate”. It will be recalled that around that time a theory of evidence was being formulated, providing the judge with additional criteria of judgment. On this point see GG Archi, “La Prova nel Right del Basso Impero,” 1961, 12 *lura 1 et seq.*; *Idem.* “Les Preuves in le Law of Bas Empire” (RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, v. 10, p. 1, 2004, p. 23. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/non-liquet-from-modern-law-to-roman-law/39A39129D985C841515540EEFF78F841> Accessed on: Mar 02, 2026.

<sup>54</sup>In our translation: “Thus it may be assumed that Justinian's Novella 125 actually establishes the same rule that was later adopted by modern legal systems, by imposing on judges the duty to pass sentence in all cases.” (RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, v. 10, p. 1, 2004, p. 21-23. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/non-liquet-from-modern-law-to-roman-law/39A39129D985C841515540EEFF78F841> Accessed on: Mar 02, 2026.)

does not refer, here, to a deficiency in the text that must be repaired by the judge; it refers, rather, to a suspension of the current order to guarantee its existence. Far from responding to a normative gap, the state of exception as the opening of a fictitious gap in the order, has the objective of safeguarding the existence of the norm and its applicability to the normal situation. The gap is not internal to the law, but concerns its relationship with reality, the possibility of its application. It is as if the law contained an essential fracture between the establishment of the norm and its application and that, in extreme cases, it could only be filled by the state of exception, that is, creating an area where this application is suspended, but where the law, as such, remains in force.<sup>55</sup>

Luhmann says that:

During the transition to modernity, it was taken for granted that any demand would be met with a decision, even if this was not provided for by law (for example, the famous art. 4 of the Napoleonic Civil Code. [...] According to the text: “the judge who refuses to judge, under the pretext of silence, obscurity or insufficiency of the law, may be prosecuted as guilty of denial of justice”. Only with this measure that stipulates the need to grant jurisdiction its own responsibility did the judge emancipate himself from the old imperial control of politics. Only then does it seem sensible to gradually extend this judicial competence to public legal matters.<sup>56</sup>

Thus, rather than being reducible to a mere question of “judicial rights,” within a functionally differentiated society marked by escalating complexity this perspective situates courts as organizational sites where the autopoiesis of the legal system confronts its own paradox of decision. It underscores the specific systemic irritations that compel courts to operate under conditions of operational closure while simultaneously managing structural openness to the environment, and clarifies the contingency formulas through which undecidability is transformed into communicative determination under the presupposition of structurally exceptional conditions.

Luhmann, therefore, used the prohibition of *non liquet* to visualize this issue of the invilization of “the paradoxical impossibility of deciding and not deciding” and, consequently, observe the condition of necessity of the decision, of the difference and operability of the courts in all aspects.<sup>57</sup>

From a pragmatic-systemic perspective, based on the empirical application of the precepts of the theory of autopoietic social systems (including communication, second-order observation and deparadoxization), it is possible to see that the exception can be seen as an evolutionary element in the legal functional differentiation of society.

This phenomenon is observed both in a broader context and in specific cases, where it manifests itself in an increasingly striking and dispersed way in multiple operational and decision-making contexts. In this approach, as can be seen, the analysis of the exception is not limited only to the political issue and power, as is common in many traditional analyses<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> AGAMBEN, Giorgio. *State of Exception*. Lisbon: Editions 70, LDA, 2010, p.48-49.

<sup>56</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 415-416.

<sup>57</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 416-417

<sup>58</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p.333-337

On the other hand, this approach also reveals that the constructive autonomy of the legal system does not authorize an uncritical potential that leads to "constant expansions of arbitrariness".

Thus, the function of the courts, in the context of the non-paradoxical communication to which the legal system is linked, faces certain barriers that force it to submit to the demands of the social responsibilities to which it is subject. For example, the competent treatment and protection of human rights as a transnational and constitutional issue, as well as the exercise of theoretical criticism, as previously demonstrated<sup>59</sup>.

Therefore, the insightful connection between social semantics and functional differentiation recognizes, even in the selective unfolding of the paradoxes of law, an attempt to produce operations in which decisions can always be questioned.

In this sense, courts remain structurally differentiated from direct political observation and other external attempts at capture, such as economic instrumentalization, precisely because they operate under conditions of operational closure within a functionally differentiated society. Their decisional autonomy derives not from isolation, but from their role in sustaining the autopoiesis of the legal system through the continuous obligation to transform environmental irritations into legally coded communication. Such autonomy, however, does not entail immutability, since judicial decisions remain recursively open to revision within the self-referential operations of the legal system.

## CONCLUSION

The contribution of this article lies in reinterpreting the *prohibition of non liquet* not merely as a normative duty, but as a structural semantic device that stabilizes the paradox of legal decision and reinforces functional differentiation.

For everything that has been discussed so far, legal positivity implies that it is, above all, the decisions that validate the legal norm in order to be validated.

In this way, the law is operationally closed in its meaning, creating a version of reality in which legal practice (the decision), as Teubner<sup>60</sup> always highlights, needs to continually creatively operationalize its paradoxes.<sup>61</sup> Paradoxes, therefore, even allow themselves to be thematized by the self-description (theories, philosophy of law, sociology of law, etc.) of the

---

<sup>59</sup> ROCHA, Leonel Severo; PINTO, João Paulo Salles. Human rights as contemporary (de) paroxal semantics of the self-description of the legal system. *QUAESTIO IURIS JOURNAL*, v. 14, p. 1001-1038, 2021.

<sup>60</sup> TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: social constitutionalism in globalization*. São Paulo: Saraiva, 2016. TEUBNER, Gunther. THE LAW BEFORE ITS LAW: FRANZ KAFKA ON THE (IM)POSSIBILITY OF LAW'S SELF REFLECTION. *Direito.UnB - University of Brasília Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 12-31, January 1, 2014, p. 19. Available at: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24620>. Accessed on: May 4, 2026. TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski and OLIVEIRA, Elton Somensi (org). *Contemporary currents of legal thought*. Barueri: Manole, 2010.

<sup>61</sup> TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski and OLIVEIRA, Elton Somensi (org). *Contemporary currents of legal thought*. Barueri: Manole, 2010; TEUBNER, Gunther. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. *Law e Society Review*, 1989. Available at: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_ma\\_9533.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_9533.pdf). Acesso em: 01 de jan de 2026.

legal system<sup>62</sup>, but the communication of law requires that they be operationalized, under penalty of showing the paradox on which it rests and, thus, not hiding it and making it susceptible to paralysis.

As we have shown in the items above, the paradoxical obligation to decide and the position of the courts allows observation through communication of exceptionality, because the legal system opens, in the need for jurisdiction, this effective examination of the paradoxical incoherence of the law itself. It is necessary to decide; the improbability of communication consequently generates the exceptional probability of communication.

Certainly, this brings a high probability of risk when considering the judicial function, but also the permissibility of observing communicational relations between decision and exception. Thus, in the way Luhmann works, the *issue of the experience of the decisional exception* and its relationship with the prohibition of *non liquet*, in law's system, dazzles a distinct evidentiary point and a possibility of theorizing, however, different, starting from the problem that is generated from there.

In the same way that he describes the mandatory nature of a judicial decision as a coercion that transforms into freedom through exceptionality, indeterminacy into determinacy, Luhmann provides a description that allows us to initially state a systematization of this from an *organizational and professional perspective*.

It can be observed that the Courts institutionalize the exceptionality they structurally presuppose it continually assumes, shaping it in a way that safeguards the expansive power of the judicial function through an organizational and professional logic that clearly anticipates assurance procedures.

Thus, the courts as the center of the legal system, first of all, are organized by constituting forms of hierarchy, superiority and inferiority in appeals and decisions, spatial competences, competition in the face of the effective (Bar Associations (OAB), Legislative Branch, Public Prosecutor's Office and the like), professional competences, review instances, centralized control procedures that range from jurisprudential-summary to institutional.

From this systemic perspective on the courts, it becomes evident that organizational and professional structures ensure that both the experience of presumed exception and the judicial function remain within the boundaries of what is legally acceptable- a condition that, therefore, generates controversy in situations involving suspension. In this context, one may say that social systems have become so specialized in their decisional centers, particularly through the operability of presumed exception, that it becomes increasingly difficult to meaningfully question the functional differentiation of the system. The *systematization of the experience of exception*<sup>63</sup> it is also conjectured by the courts to justify its excessive and

---

<sup>62</sup>We show this in our book: PINTO, João Paulo Salles. *Systemic Corruption and Human Rights: The Place of Paradox in the Self-Description of Law*. Curitiba: Jurúa, 2018. See also in this sense: TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments* : social constitutionalism in globalization. São Paulo: Saraiva, 2016. TEUBNER, Gunther. THE LAW BEFORE ITS LAW: FRANZ KAFKA ON THE (IM)POSSIBILITY OF LAW'S SELF REFLECTION. *Direito.UnB - University of Brasilia Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 12-31, January 1, 2014,

<sup>63</sup> LUHMANN, Niklas . *Das Recht der Gesellschaft* . Frankfurt am Main : Suhrkamp , 1993, p.320; See our thesis in this regard: PINTO, João Paulo Salles. *O Guardiã da Exceção*: perspectivas em Carl Schmitt, Giorgio Agamben e pela Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2026

decisive center, so that only in this way can it combine: independence; reference to current law and prohibition of denial of justice (modern prohibition of non liquet).

Therefore, it is concluded that the *operationalization of the exception* by central organizations (in the case of law's system, by the supposed modern prohibition of *non liquet*) reinforces the assumption of the autonomous specialization of social systems in limiting cases, which makes it really difficult to pose these questions on the fields of debates of “ functional dedifferentiation” and the like.

The prohibition of non liquet is not merely a historical rule of judicial obligation; it is the structural mechanism through which law's system transforms undecidability into communicative continuity.

## REFERENCES

AGAMBEN, Giorgio. Biosicurezza e politica. *Quodlibet*, 11 mai. 2020. Available at: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-biosicurezza>. Accessed: 30 jan. 2026.

AGAMBEN, Giorgio Stato di eccezione e guerra civile. *Quodlibet*, 2022. Available at: <https://www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben> Accessed: 28 jan 2026;

AGAMBEN, Giorgio. *State of Exception*. Lisbon: Editions 70, LDA, 2010.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 4th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1951. Available at: <https://heimatundrecht.de/sites/default/files/dokumente/Black%27sLaw4th.pdf> Accessed on: 05 Aug 2025.

COSTA, José Lucas Lima da; SANTOS, Wigna Beatriz Silva dos. FAKE NEWS SURVEY THE DANGER OF CREATING A NEW INSTRUMENT OF SOCIAL CONTROL. In: *Conexão Unifametro 2020 - Fortaleza- CE*, 2020. Available at: <https://www.doity.com.br/anais/conexaounifametro2020/trabalho/169084>. Accessed on: March 17, 2026.

DE CHUEIRI, Vera Karam; DE GUALANO GODOY, Miguel. *Brief essay on the Judiciary and the Executive in the pandemic: the exception, the rule or the exception as a rule*. ACADEMIA. EDU, 2020.

GELLIUS, *Aulus*. *Noctes Atticae*. Liber XIV, 25. Available at: [http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/14\\*.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/14*.html) Accessed on: August 5, 2023.

LEMOS, Aana Claudia Secundo da Luz. The Limits of Law: Observations on the Role of the Brazilian Supreme Federal Court in the Judicialization of Public Policies. In: *Rafaele De Giorgi and the Observers*. Jonas Lemos: Luciano Nascimento Silva (org.). 1st ed. Campina Grande: PB- Plural, 2022, p. 54-55.

LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. The Supreme Sovereign in the State of Exception: the (dis)application of the law by the STF within the scope of the “Fake” Investigation News” (Survey No. 4,781). *Sequence* (Florianópolis), p. 173-203, 2020. Available at: <https://www.scielo.br/j/seq/a/3rd8dS8fb5j5pVH4rBbsfbB/abstract/?lang=pt> Accessed on January 5, 2026.

- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- LUHMANN, Niklas . *The Society of the Society*. Translated by Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de RL de CV, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016
- LUHMANN, Niklas. *Organization and decision-making*. Trans. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.
- LUHMANN, Niklas . *Sociology of Law*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983;
- LUHMANN, Niklas. The third Question: The creative use of Paradoxes in Law and Legal History. *Journal of law and Society*, 1998, p. 153-165. Available at: <https://steffenroth.files.wordpress.com/2014/04/1410051.pdf>. Accessed on: March 1, 2026.
- MARMELSTEIN, George. Buridano 's donkey , the non liquet and the katchangas . *Direitos Fundamentais.net*, 2009. Available at: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Accessed on: August 10, 2025
- PEREIRA, Joaquim Eduardo; VIEGAZ, Osvaldo Estrela. DISSOLUTION OF THE LEGAL SYSTEM IN THE DOUBLE CONTINGENCY OF EXCEPTION – CONVERSATION BETWEEN NIKLAS LUHMANN AND GIORGIO AGAMBEN. *Revista Pensamento Jurídico* , v. 15, n. 2, 2021
- PINTO, João Paulo Salles. *O Guardiã da Exceção: perspectivas em Carl Schmitt, Giorgio Agamben e pela Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2026.
- PINTO, João Paulo Salles. *Systemic Corruption and Human Rights: The Place of Paradox in the Self-Description of Law*. Curitiba: Jurúa, 2018.
- PINTO, João Paulo Salles; SIMIONI, RL. Echoes of Carl Schmitt's decisionism in the Brazilian Supreme Federal Court: the sovereign, the relativization of the guarantee of the presumption of innocence and the unconstitutional state of affairs. in: VII International Meeting of CONPEDI / Braga - Portugal, 2017, Braga / Portugal. Theories of Law, Decision and Legal Realism. Curitiba: CONPEDI / UMinho , 2017. v. 01. p. 145-163.
- PINTO, João Paulo Salles. ; ROCHA, Leonel Severo. . PARADOXES, DECISION AND INDETERMINATION: AN ATTEMPT TO APPROACH NIKLAS LUHMANN, GUNTHER TEUBNER AND GIORGIO AGAMBEN. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. (Org.). *The future of the Constitution: Social constitutionalism in Luhmann and Teubner*. 1st ed. Porto Alegre- RS: Editora Fi, 2021.
- RABELLO, Alfredo Mordechai. Non -liquet: from modern law to Roman law. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, v. 10, p. 1, 2004. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/non-liquet-from-modern-law-to-roman-law/39A39129D985C841515540EEFF78F841> Accessed on: Mar 02 , 2026.

ROCHA, Leonel Severo; PINTO, João Paulo Salles. Fake news and the improbability of communication through the communication of exception. *Sequence of Political Legal Studies*, vol. 44, n. 93, 1–28, 2023. Available at:

[https://www.researchgate.net/publication/373484940\\_Fake\\_news\\_and\\_the\\_improbability\\_of\\_communication\\_through\\_the\\_exception\\_communication](https://www.researchgate.net/publication/373484940_Fake_news_and_the_improbability_of_communication_through_the_exception_communication) Accessed on April 5, 2025.

ROCHA, Leonel Severo. *Legal problems: a transdisciplinary introduction*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985;

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, BLC *Intersystemic Constitutionalism: social systems and networked Constitution*. 1st ed. Blumenau- SC: Dom Modesto, 2023;

ROCHA, Leonel Severo. *Legal Epistemology and Democracy*. 2nd ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006;

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notes towards a theory of the organization of autopoietic legal decision-making. *Journal of Constitutional Studies, Hermeneutics and Legal Theory (RECHTD)*, v. 4, n. 2, 2012, pp. 193-213. Available at:

<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09/1242>. Accessed on May 8, 2026.

ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxes of Self-observation: paths of contemporary legal theory*. 2nd ed. rev. and updated. Unijuí, 2013;

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. *The Current Status of the Constitution: Constitutionalism in Luhmann*, Febrajo, Teubner and Vesting. 1st ed. Porto Alegre: FI, 2020;

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. (Org.). *The Future of the Constitution: Social Constitutionalism in Luhmann and Teubner*. 1st ed. Porto Alegre- RS: Editora Fi., 2021, v. 1, p. 1-638. Available at: [http://https://drive.google.com/file/d/1-JkjmZgVOff\\_qobxBiqMjrUKZAsBSK79/view](http://https://drive.google.com/file/d/1-JkjmZgVOff_qobxBiqMjrUKZAsBSK79/view); Series: 1; Revision number: 1; ISBN: 9786559172498. Accessed on September 28, 2025.

ROCHA, Leonel Severo; PINTO, João Paulo Salles. Human rights as contemporary (de) paroxal semantics of the self-description of the legal system. *QUAESTIO IURIS JOURNAL*, v. 14, p. 1001-1038, 2021.

ROCHA, Leonel Severo. Legal Theory in the 21st Century: from semiotics to autopoiesis. Santa Catarina: *Sequence*, n. 62, p. 193-222, 2011. Available at: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p193/18578>. Doi : [10.5007/2177-7055.2011v32n62p193](https://doi.org/10.5007/2177-7055.2011v32n62p193). Accessed on May 8, 2026.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemology of Law: revisiting the three legal matrices. *RECHTD*, n. 05, p. 141-149, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. Paradoxes in the self-description of the legal system: systemic corruption and judicial activism. *Electronic Journal of the Law Course at UFSM*,

Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e30746, May./Aug. 2019. ISSN 1981-3694. Available at: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30746> Accessed on: April 6, 2023.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: social constitutionalism in globalization*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. *Law e Society Review*, 1989. Available at: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_ma\\_9533.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_9533.pdf). Acesso em: 01 de jan de 2026.

TEUBNER, Gunther. THE LAW BEFORE ITS LAW: FRANZ KAFKA ON THE (IM) POSSIBILITY OF LAW'S SELF REFLECTION. *Direito.UnB - University of Brasília Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 12-31, January 1, 2014, p. 19.. Available at: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24620>. Accessed on: May 4, 2026.

TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski and OLIVEIRA, Elton Somensi (org). *Contemporary currents of legal thought*. Barueri: Manole, 2010.

Data de Recebimento: 03/03/2026

Data de Aprovação: 06/03/2026

## RESENHA DE LIVRO

**CENSURA POR TODA PARTE: OS BASTIDORES JURÍDICOS DO INQUÉRITO DAS FAKE NEWS E A NOVA ONDA REPRESSORA QUE ASSOLA O BRASIL**  
**AUTOR DO LIVRO: ANDRÉ MARSIGLIA<sup>1</sup>**

## BOOK REVIEW

**CENSURE EVERYWHERE: THE LEGAL BACKGROUND OF THE FAKE NEWS INQUIRY AND THE NEW REPRESSION WAVE THAT RAVAGES BRAZIL**  
**AUTHOR OF THE BOOK: ANDRÉ MARSIGLIA**Edson Luís Rezende Vasconcellos<sup>2</sup>

---

**RESUMO**

---

Este texto é uma resenha de livro. Em “Censura por toda parte: os bastidores jurídicos do inquérito das *Fake News* e a nova onda repressora que assola o Brasil”, André Marsiglia analisa a postura do Supremo Tribunal Federal em relação ao chamado inquérito das *Fake News* e a censura daí decorrente.

Palavras – Chaves: STF; inquérito das *Fake News*; censura.

---

**RESUMEN**

---

This text is a book review. In “Censure everywhere: the legal background of the Fake News inquiry and the new repression wave that ravages Brazil”, André Marsiglia analyzes the posture of the Supreme Federal Court regarding the so-called Fake News inquiry and the censorship that results from it.

Key-words: STF; Fake News inquiry; censorship.

O inquérito de número 4.781, que tem trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF) e que ganhou a alcunha de “inquérito das *Fake News*”, tem recebido inúmeras críticas.

As análises abordam sua duração (mais de 6 - seis - anos), o modo como foi instaurado (pelo Presidente da Corte, que depois escolheu, como seu condutor, o Ministro Alexandre de Moraes), a fundamentação legal para a sua instauração (baseada num artigo

---

<sup>1</sup> MARSIGLIA, André. CENSURA POR TODA PARTE: Os bastidores jurídicos do inquérito das Fake News e a onda repressora que assola o Brasil. São Paulo: Faro Editorial (selo Avis Rara), 2024.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pela Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1974255767339259>, ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-4221-4406>. E-mail: [evasconcellos@adv.oabsp.org.br](mailto:evasconcellos@adv.oabsp.org.br)

do regimento interno da própria Corte) e mesmo pelo seu objeto (apurar ataques ao STF, e seus Ministros, por meio das redes sociais).

Não se deve esquecer, por evidente, que o inquérito das *Fake News*, quando de sua instauração, recebeu, parece-nos, mais aplausos do que julgamentos negativos pois pairava uma preocupação, por parte da sociedade, com as instituições da democracia brasileira.

No entanto, com o transcurso do tempo (uma boa medida para se averiguar, com mais clareza, os fatos e as questões jurídicas) e o retorno a um clima de, digamos assim, menos inquietação com o sistema político brasileiro, o caminhar do inquérito, e sua própria existência, começou a sofrer um sem-número de apreciações negativas.

Tais avaliações ao inquérito tem sido postas em muitos textos, especialmente na mídia impressa e eletrônica, que focam nas questões formais e materiais que envolvem o seu nascimento (modo e motivação para instauração), seu desdobramento (colheita de provas e acesso das partes e advogados a seu conteúdo), o seu término (arquivamento, base para ações penais ou mesmo desdobramentos para novos inquéritos tratando de assuntos específicos) e, por fim, mas não menos importante, a sua duração num tempo absolutamente razoável.

A obra resenhada traz à público situações vividas pelo autor ao advogar para clientes que se viram incluídos no inquérito das “Fake News”, como objetos de investigação, a partir do momento que fizeram e tornaram público, em uma revista eletrônica, uma reportagem contando bastidores do poder e da política brasileira <sup>1, p. 20</sup>.

Digno de nota, desde já, que o objeto do livro, contar as desventuras de advogados e partes em um procedimento judicial, não é, infelizmente, algo frequente em nossa literatura e, só por isso, a obra já seria bem-vinda.

A preocupação maior do escritor, assim intuímos, é alinhar toda a história narrada, quer seja o seu viés jurídico, quer o factual, com o fenômeno da censura <sup>1, p. 11</sup>.

A censura, seu conceito, características, e tudo o que a envolve, é a grande protagonista (vilã?) do livro <sup>1, p. 105</sup>. De outra parte louva-se a liberdade de expressão e a sua garantia, observando-se, entretanto, seus limites <sup>1, p. 118</sup>.

Para o criador da obra resenhada, a democracia brasileira e o fenômeno da censura podem conviver perfeitamente e esta pode ser praticada, sem problema algum, por meio do Poder Judiciário brasileiro <sup>1, p. 15</sup>.

Exemplo disso seria o inquérito das *Fake News*, que, tendo como objeto ameaças e *Fake News* contra o STF e seus Ministros, torna-se, para o responsável pela obra, assim deduzimos, também um instrumento de comando das redes sociais <sup>1, p. 18</sup>.

Faz-se o controle pela censura.

O autor, tratando da censura, também tangencia problemas correlatos.

Um dos que mais chamam a atenção, e tem sido tratado com frequência pela nossa mídia, é a falta de acesso dos advogados ao inquérito. É sabido que algo novo ocorreu no inquérito (novo seguimento ou deliberação), mas, como os causídicos não sabem se há relação com o seu cliente, é necessário contatar o STF para saber se você é o interessado na mais recente resolução <sup>1, p. 73</sup>.

Outro dos problemas narrados pelo autor, e que choca pela sua surrealidade, é levar seu cliente para ser ouvido e a autoridade responsável pela oitiva realizar perguntas bastante amplas pois também não está a par de tudo o que foi coligido no inquérito <sup>1, p. 53</sup>. Como ressalta o literato, os investigados não sabem por que estão sendo investigados.

O escritor nos dá conta<sup>1, pp. 68 e 69</sup>, ainda, que, para defender seus clientes lançou mão de uma Reclamação e de um *Habeas Corpus*, e informa que este foi julgado pelo plenário virtual do STF.

Ao ver, agora do resenhista, a utilização do plenário virtual, é mais um dos problemas em que a Corte Suprema encontra-se enredada, optando-se pela celeridade em negação à reunião física do colegiado, posterior debate presencial e sustentação oral dos advogados no calor do julgamento.

Todo esse cenário, aqui resumido, gera a seguinte situação:

“Talvez sejam esses lamentáveis casos decorrência direta do arbítrio de nossas Supremas Cortes, inflado pelo advento do Inquérito das *Fake News* a partir de 2019. Quando a censura e o descalabro contra direitos fundamentais como a liberdade de expressão e de imprensa se tornam regra no seio de nossa Corte Constitucional, o juiz de primeira instância se sente autorizado a fazer o mesmo, ou pior. A censura no país nunca deixou de ser uma realidade, mas talvez tenha se tornado nos últimos anos uma epidemia. Daqui a quinze ou vinte anos, sobrarão decisões e precedentes péssimos e uma jurisprudência agressiva surgida e mantida pelo Judiciário, em especial por nossa Suprema Corte.” <sup>1, p. 89</sup>

Como a censura pode ser praticada por Poderes constituídos e por particulares o autor crê que a censura feita por estes é visível por meio do denuncismo e pelo cancelamento <sup>1, pp. 15 e. 98</sup>. Exemplifica o fenômeno com o fato de parlamentares

denunciarem seus opositores no inquérito das *Fake News* para que fossem investigados pelo Ministro condutor do procedimento.

Para se ter censura “(...). Não bastar uma restrição à liberdade de se expressar ou de se manifestar: para ser considerada censória, a restrição precisa ser indevida. (...)”<sup>1</sup>, p. 105, podendo ser praticada por “(...). Qualquer pessoa capaz de um ato de poder centralizado, (...)”<sup>1</sup>, p. 107. E só é possível a limitação à liberdade de expressão, para o escritor, se o “(...) discurso almeja a extinção do outro, ou do discurso do outro, (...)”<sup>1</sup>, p. 118, trecho,

O autor também pontua problemas de nosso tempo como a intolerância ao pensamento contrário. Em suas próprias falas “O exercício possível da liberdade de expressão tem passado a ser visto na modernidade como declarar algo sem agredir, sem contrariar, sem importunar”<sup>1</sup>, p. 113, trecho.

O livro resenhado trata de problemas importantes de nossa democracia que, observamos, não têm sido tratados com o destaque devido.

O texto permite, também, ilações, tal como a necessidade de se estudar o desempenho do STF frente a realidade contemporaneamente posta à nação e sua relação com os demais Poderes.

A obra, ademais, tem uma redação direta, clara, que nos prende em 32 (trinta e dois) curtos capítulos, como se fossem flashes de uma longa história que, infelizmente, ainda não acabou.

Não é uma narrativa jornalística, imparcial. É um retrato parcial de quem viveu (vive) uma parte da história do judiciário brasileiro e conta-nos segundo suas convicções.

Anoto, por fim, que fiz imenso esforço para não revelar os personagens e detalhes da história que serve como condutora do livro para que o leitor, desta resenha, tenha a curiosidade de descobrir esse intrigante e corajoso relato.

## REFERÊNCIA

<sup>1</sup> MARSIGLIA, André. CENSURA POR TODA PARTE: Os bastidores jurídicos do inquérito das *Fake News* e a onda repressora que assola o Brasil. São Paulo: Faro Editorial (selo Avis Rara), 2024

Data de Recebimento: 08 de julho de 2025.

Data de Aprovação: 21 de outubro de 2025.

## DIREITO ANTIJURÍDICO? RESENHA DA OBRA “RECHTSWIDRIGES RECHT” (2024) DE RODRIGO G. CADORE

### UNLAWFUL LAW? A REVIEW OF RODRIGO G. CADORE’S “RECHTSWIDRIGES RECHT” (2024)

*Ari Marcelo Sólón*<sup>1</sup>

#### RESUMO

A obra “Rechtswidriges Recht” (2024), de Rodrigo G. Cadore, oferece uma análise aprofundada da Escola de Viena a partir da controvérsia entre Adolf Julius Merkl e Fritz Sander acerca da correção das decisões jurídicas: quem, afinal, determina o acerto ou desacerto destas decisões e com quais consequências? Mediante o método da “polemografia”, o autor reconstrói sistematicamente o debate, situando-o tanto no contexto histórico-intelectual quanto nos modelos teóricos dos protagonistas. A primeira parte do livro examina as origens do problema do “direito antijurídico” no pensamento de Hans Kelsen e as dinâmicas internas da Escola de Viena. As duas partes subsequentes concentram-se no núcleo teórico da disputa: enquanto Merkl atribui à ciência jurídica a função de identificar e corrigir erros na aplicação do direito, Sander sustenta, a partir de um positivismo radical, a primazia da práxis jurídica, tornando irrelevante, para o processo jurídico, a noção científica de erro. O estudo também considera contribuições de outros integrantes da Escola de Viena, como Elisabeth Ephrussi, Fritz Schreier e Alf Ross, e analisa os impactos da controvérsia no desenvolvimento posterior da teoria kelseniana, especialmente na formulação da “cláusula alternativa tácita” (Alternativermächtigung). Embora o autor não assuma posição normativa explícita, que fica fazendo falta, a obra se destaca pela reconstrução rigorosa, detalhada e original do debate, consolidando-se como uma das contribuições mais abrangentes recentes sobre a Escola de Viena no cenário internacional.

#### ABSTRACT

Rechtswidriges Recht (2024), by Rodrigo G. Cadore, offers an in-depth analysis of the Vienna School grounded in the controversy between Adolf Julius Merkl and Fritz Sander concerning the correctness of legal decisions: Who, after all, determines whether these decisions are correct or erroneous, and with what consequences?. By employing the method of “polemography”, the author systematically reconstructs the debate, situating it within both the intellectual-historical context and the theoretical frameworks of the protagonists. The first part of the book examines the origins of the problem of “unlawful law” in Hans Kelsen’s thought and the internal dynamics of the Vienna School. The subsequent two parts focus on the theoretical core of the dispute: while Merkl assigns legal scholarship the role of identifying and correcting errors in the application of law, Sander, advancing a radical positivist position, affirms the primacy of legal practice, thereby rendering the notion of “error” articulated by either legal doctrine or legal theory irrelevant to the legal process. The study also engages with contributions by other figures of the Vienna School, such as Elisabeth Ephrussi, Fritz Schreier, and Alf Ross, and analyses how the

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). LATTES: <https://lattes.cnpq.br/2246120528280389>. ORCID:<https://orcid.org/0000-0003-1517-1008>. E-mail: [arisolon@usp.br](mailto:arisolon@usp.br)

---

controversy influenced the later development of Kelsen's theory, particularly his formulation of the "tacit alternative authorization" (Alternativermächtigung). Cadore does not advance an explicit normative position. The book stands out for its rigorous, detailed, and original reconstruction of the debate, establishing itself as one of the most comprehensive recent contributions to the international scholarship on the Vienna School.

## INTRODUÇÃO

O livro "Rechtswidriges Recht" (2024), de Rodrigo G. Cadore,<sup>2</sup> é uma obra de mais de 600 páginas que merece ser lida do começo ao fim. Se eu estivesse em uma banca de avaliação, certamente daria nota 10. Trata-se de um estudo profundo sobre a Escola de Viena e a polêmica entre Adolf Julius Merkl (1890–1970) e Fritz Sander (1889–1939): Quem decide sobre a correção ou a incorreção das decisões jurídicas, e o que se segue desta decisão? Em alguma medida, o livro retoma temas desenvolvidos na dissertação de mestrado do autor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), dedicada às "vivências jurídicas", e escrita sob minha orientação. Cadore se destaca como um pesquisador sério, que expõe as teses em jogo sem tomar partido. O livro é reflexo e produto da seriedade do pesquisador.

### *Polemografia Merki*

A obra está dividida em três partes – apresentadas como um tríptico de Hieronymus Bosch (1450–1516) – e pretende oferecer uma "polemografia" (Cadore, 2024: 3–6). Por polemografia o autor entende a reconstrução contextualmente sensível de um debate virulento, levando em conta história intelectual e das ideias, bem como o tempo lógico próprio dos modelos teóricos desenvolvidos pelos contendores. Esta polemografia permitiria, ao avaliar as rotas de colisão dos modelos que se opõem, compreender mais a fundo a racionalidade intrínseca dos próprios modelos colidentes.

A primeira parte – mais leve – é histórica e nos permite entender as nuances da Escola de Viena e do Círculo de Hans Kelsen (1881–1973); ela mapeia os caminhos percorridos pelos membros da escola que participariam da controvérsia entre Merkl e Sander, dando atenção às formulações iniciais do problema – do direito contrário ao direito ou, por assim dizer, antijurídico – por Kelsen mesmo (Cadore, 2024, cap. II). Além de expor as relações teóricas – e mesmo pessoais – dentro da escola com detalhes inéditos e investigação de arquivo, esta parte deve ser lida porque apresenta o cerne da

---

<sup>2</sup>A obra está disponível "open access" no site da editora Mohr Siebeck: CADORE, Rodrigo Garcia. „Rechtswidriges Recht“. Die Merkl–Sander–Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck 2024.

teoria pura sem mistificações, deixando de lado temas recorrentes como dicotomia *Sein/Sollen* ou *Grundnorm* (Cadore, 2024). A segunda e a terceira são de cunho teórico e analítico – bastante pesadas –, da relação entre a aplicação e a criação do direito, assim como da relação entre direito e ciência jurídica a partir da controvérsia entre Merkl e Sander, mas indo além dela.

A controvérsia entre dois dos alunos mais talentosos de Hans Kelsen opõe ciência do direito à prática jurídica no que diz respeito à interpretação e à autoridade sobre a correção das decisões jurídicas – o que o autor chama, adaptando Merkl (Merkl, 1918), de oposição entre um primado da ciência do direito (Merkl) e um primado do processo jurídico (Sander). Como bem aponta Cadore, “war außer Merkl keiner der Schüler Kelsens bereit, unter bestimmten Umständen die Nichtigkeit der von der Rechtswissenschaft bloß wegen Verfehlung der positivrechtlichen Maßstäbe als fehlerhaft erkannte Entscheidungen in Kauf zu nehmen (starkes Primat der Rechtswissenschaft)”.<sup>3</sup> Merkl advoga pela primazia da ciência jurídica, que haveria de apontar e mesmo corrigir os erros dos órgãos aplicadores do direito, entendendo como erros os desvios entre as decisões e atuações dos órgãos jurídicos e as disposições normativas que regulam as suas funções. Já Sander, em nome de um positivismo jurídico radical e consistente, insiste na primazia inafastável da práxis sobre a ciência: não há, na perspectiva do próprio processo jurídico, sequer erros onde a ciência – isto é, a dogmática ou a doutrina jurídica – insistentemente os aponta.

### Merkl

O autor apresenta com rigor a teoria do direito de Merkl – segundo a qual a aplicação do direito está intrinsecamente ligada à sua criação –, sua concepção do *Fehlerkalkül*, bem como sua tese do (primado do) *a priori* científico. É justamente porque o direito funciona por meio de delegações de poder – atribuições de competência – para indivíduos ou colegiados atuando como órgãos jurídicos, que a cada ato de realização do direito, isto é, a cada degrau da estrutura escalonada (*Stufenbau*), repete-se o drama da possibilidade de decisões jurídicas fora da moldura. Neste espaço da discrepância possível entre norma e decisão, Merkl reconstrói o funcionamento típico das ordens jurídicas modernas de tal forma que seria possível falar numa margem de erro; o direito já calcularia com a possibilidade e probabilidade de erros a serem cometidos pelos aplicadores (decisões ilegais, leis inconstitucionais, atos administrativos viciados etc.) e tomaria providências para viabilizar ou a sua correção (por exemplo, por meio de recursos judiciais) ou a sua absorção pelo processo jurídico (por ex., declarando a insignificância de determinados “erros”). Nas hipóteses em que o direito positivo silencia sobre o destino das decisões erradas, não prevendo

<sup>3</sup> Exceto Merkl, nenhum dos discípulos de Kelsen estava disposto a admitir, em circunstâncias específicas, a nulidade de decisões reconhecidas pela ciência do direito como defeituosas por violarem parâmetros do direito positivo (primado da ciência jurídica em sentido forte)” (CADORE, *Rechtswidriges Recht* [n. 1], p. 369).

possibilidade de correção, Merkl afirma ser tarefa da ciência jurídica colocar o dedo na ferida: Caberia à ciência do direito levantar-se em favor da normatividade violada, defendendo os indivíduos vitimados pelas decisões juridicamente erradas dos órgãos aplicadores do direito – direito ilícito ou antijurídico (*Rechtswidriges Recht*) permanece contrário ao direito mesmo nas mãos das autoridades competentes. O critério para apontar a incorreção das decisões? Para Merkl, as leis que regem o correto uso da linguagem, bem como aquelas que regem a razoabilidade do pensamento (*Sprach- und Denkgesetze*); para que o direito possa cumprir com a sua função de guiar condutas, é preciso que se expresse de forma compreensível aos que a ele estão subordinados. Ao se manifestar por meio da linguagem, o direito implicitamente assumiria sua dependência com relação à dinâmica de funcionamento da comunicação (incluindo uma espécie de bom senso, sem o qual não haveria entendimento).

Cadore também detalha, neste ponto, a crítica de Sander, que acusava Merkl de transformar a ciência jurídica em fonte do direito e de restaurar a tradição de “direito dos eruditos” (*Gelehrtenrecht*), o que estaria em contradição com o programa da *Reine Rechtslehre*. Para Sander, Merkl, no ápice de seu sofisticado sistema de conhecimento jurídico, teria revivido a tradição do direito dos juristas da Roma tardia ao insistir que, no limite, na ausência de possibilidade de correções do direito dentro do próprio processo jurídico, caberia à ciência jurídica, na condição de conhecimento *objetivamente* jurídico, eliminar erros do sistema. Quando a *Stufenbau* e o *Fehlerkalkül* não resolvem, deixando em aberto o que fazer com falhas identificáveis na produção do direito, a ciência jurídica sairia em defesa da idealidade, da correção do direito, a despeito do que decidem as autoridades competentes. Nisso, Sander vê o direito natural – banido do sistema da teoria pura do direito – entrar pela porta dos fundos, agora travestido da inescapabilidade das regras da linguagem e do pensamento, seja lá quais elas forem, tal qual interpretadas pela ciência jurídica.

### *Sander*

Sander, por sua vez, desenvolve uma concepção diferente da relação entre direito e aplicação, baseada no “*Beziehungsschema des Wechselbezugs*” (no esquema relacional da implicação mútua; Cadore, 2024: 430), segundo o qual “*die Determinierung durch ‘objektives Recht höherer Stufe’ kein Wesenszug des Rechts, wohl aber die Determinierung durch die Individualität des Organs und durch den Tatbestand ist*”<sup>4</sup>. Sander abandona o modelo da teoria da estrutura escalonada de Merkl, segundo o qual há uma relação hierárquica unilinear entre normas jurídicas condicionantes (*bedingende Rechtsnormen*) (superiores) e manifestações jurídicas condicionadas (*bedingte Rechtserscheinungen*) (inferiores). Nesse modelo da *Stufenbau*, salvo previsão de margem de erro pelas próprias normas superiores, a validade das manifestações inferiores depende de sua “correspondência” (*Entsprechung*) com

<sup>4</sup> A determinação por “direito objetivo de degrau superior” não é uma característica essencial do direito, mas sim a determinação pela individualidade do órgão e pelo fato” (SANDER, Fritz, *Merkl's Rechtslehre*, in: *Prager juristische Zeitschrift* 1924, col. 16–31, 20, cit. in: CADORE, *Rechtswidriges Recht* [n. 1], p. 430).

aquelas. No seu lugar, Sander desenvolve a ideia de uma mútua determinação entre normas jurídicas e atos realizadores do direito: As normas a serem aplicadas precisam do ato aplicador para se atualizarem hermeneuticamente, enquanto os atos buscam nas normas, a que se referem, legitimidade jurídica. Merkl dirá que uma tal posição significa o esvaziamento da própria ideia de atribuição de competências (*Ermächtigung*), na medida em que acaba afirmando a situacionalidade do direito positivo – que passa a ser aquilo que decidem as autoridades que efetivamente se afirmam e se impõem como competentes. Sander, no entanto, negava que seu modelo desvirtuasse o conceito de “aplicação do direito”, o qual julgava inadequado para descrever o processo jurídico, já que sugeriria a existência de um direito pré-acabado, anterior às decisões das autoridades (a isso Sander chamará de dogma da existência pré-processual do direito). Não se pode desvirtuar o que já era impróprio para descrever o funcionamento do processo jurídico.

Um dos pontos altos do trabalho é justamente a reconstrução da teoria de Sander, a ovelha negra da escola de Kelsen, o Édipo da lenda grega e dos seminários das quartas-feiras do Círculo de Sigmund Freud (1856–1939), do qual Kelsen fazia parte na juventude. Cadore, contudo, não elogia o brilhantismo com que Sander desmancha o racionalismo formal de Merkl, este Kantiano infiltrado no círculo positivista de Viena.

Para Cadore, Sander misturou diferentes pontos de crítica e não conseguiu comunicar de forma precisa seu problema com a formulação merkliana da teoria do escalonamento das normas (*Stufenbaulehre*), que, para o gosto de Sander, ainda estava muito interessada na função do direito de guiar condutas e na determinação de limites para sua aplicação. A isso Sander chama de “dogma da normatividade do direito”, mas não consegue apresentar de forma clara e convincente qual é, afinal, o alvo de sua crítica. Já Merkl, apesar dos exageros da crítica de Sander – que alegava a afirmação de um dogma da ciência como criadora tanto do direito quanto do ilícito (*Unrechtsquelle*) por parte de seu colega e rival –, parece realmente tender à afirmação do caráter de fonte (da desconformidade) jurídica da dogmática nas hipóteses em que o próprio direito silencia sobre mecanismos de correção das decisões das autoridades.

### *Figuras Menores*

Ao longo do livro, Cadore também discute a posição de outros autores menos conhecidos que pertenciam ao círculo em torno de Kelsen, como Elisabeth Ephrussi (1899–1991), Fritz Schreier (1897–1981) e Erich Voegelin (1901–1985), ou mesmo Alf Ross (1899–1979), que também ofereceram alternativas criativas para o problema da relação entre direito e ciência, em especial com relação à função crítica desta em apontar falhas do processo criação e aplicação do direito (Cadore, 2024: cap. VI, ao final). Estas figuras menores – em termos de recepção do pensamento delas pela academia mainstream – são para mim todas grandiosas, tão importantes quanto Kelsen ou mesmo, aqui e acolá, mais.

Ephrussi, por exemplo, criticou a abordagem de Merkl quanto à interpretação e ao processo de concretização e individualização do direito, mas defendeu tese próxima à dele, rejeitada por Kelsen, segundo a qual a ciência é fonte do direito por meio da interpretação jurídica. Schreier, por sua vez, buscou articular a fenomenologia de Husserl com a teoria kelseniana, propondo uma concepção da norma como doadora de sentido jurídico para a realidade – ele leva em conta o fenômeno da coisa julgada (*Rechtskraft*) na reconstrução do processo de criação e aplicação do direito.

Alf Ross, destacado representante do realismo jurídico escandinavo – sobre quem escrevi minha tese de livre-docência (Sólun, 2000) –, mas também ele mesmo aluno de Kelsen, desenvolveu uma perspectiva própria sobre o primado da aplicação do direito, concebendo-o como primado do sistema jurídico. Essa abordagem aproxima-se das ideias de Fritz Sander, que enfatizava a interdependência entre a aplicação e a criação do direito, quase que dissolvendo uma na outra. Ross argumentava que a validade de uma norma está intrinsecamente ligada à sua efetividade prática, ou seja, uma norma é válida se for eficaz na regulação do comportamento social, além de ser tomada como vinculante pelas autoridades competentes (do ponto de vista de uma ideologia compartilhada). Essa visão destaca a centralidade da aplicação judicial na determinação da validade das normas jurídicas, alinhando-se à crítica de Sander à teoria de Merkl, que (supostamente) atribuía à ciência jurídica um papel de fonte do direito, ignorando ou mesmo distorcendo o modo próprio de funcionamento interno do sistema jurídico. Assim, tanto Ross quanto Sander enfatizam a soberania da própria prática jurídica na constituição daquilo que é juridicamente “correto” ou não; a (in)validade e a (des)conformidade ao direito dos atos jurídicos são determinadas dentro do sistema jurídico, em operações do próprio sistema. Não cabe a ciência jurídica, enquanto ciência, intrometer-se.

### **Kelsen**

Outro ponto relevante abordado por Cadore é o desdobramento posterior da controvérsia entre Merkl e Sander no pensamento de Kelsen. Em resposta a essas discussões, Kelsen desenvolveria sua teoria da *Alternativermächtigung* (chamada, em português, de cláusula alternativa tácita) (Cadore, 2024). Trata-se de uma tentativa de dar conta da complexidade envolvida na determinação da validade e invalidade de atos jurídicos. Essa formulação se insere em um debate mais amplo sobre a *rechtstheoretische Vernunft*, ou seja, a racionalidade própria da teoria do direito, que busca articular a legitimidade normativa e os limites estruturais da aplicação jurídica (efetividade). Dessa forma, o livro não apenas reconstrói um embate fundamental da Escola de Viena, mas também ilumina como suas repercussões foram assimiladas e transformadas dentro do próprio pensamento Kelseniano. Ele mostra que Kelsen parecia ter dois corações (Cadore, 2024: 376), na medida em que a solução que propõe para o problema das decisões jurídicas “errôneas” incorpora, de modo não necessariamente coerente, elementos tanto do modelo de Merkl quanto do modelo de Sander. E, ao final, aproxima-se mais do modelo do rebelde Sander do que daquele do leal Merkl.

### *De tudo, o que fica?*

Embora Cadore não tome uma posição explícita, ele fornece uma exposição detalhada e rica da polêmica – colocada no centro do tríptico, na segunda parte do trabalho –. Essa polêmica se torna compreensível quando articulada à reconstrução da estrutura e da dinâmica interna da Escola de Viena, na primeira parte, e à ressonância do debate na teoria pura do direito, na terceira parte. Seu método polemográfico de apresentação imparcial de um debate virulento permite que o leitor compreenda a complexidade dos argumentos sem interferências opinativas: Enxergamos mais longe depois da leitura da reconstrução da polêmica por Cadore, mesmo que ele não nos diga, afinal, quem tem razão. Eu costumo insistir na necessidade da tomada de posição e sinto falta dela em “*Rechtswidriges Recht*”. Contudo, isso não diminui o valor da obra, que se destaca como uma das mais completas sobre a Escola de Viena nos últimos tempos no cenário internacional – oferece, ao mesmo tempo, um apanhado abrangente e detalhado, explorando de modo original as teses de Merkl e Sander, que são interpretadas de maneira inovadora, abrindo margens para que se possa perceber a pluralidade dentro da Teoria Pura do Direito.

No final, para mim, uma grande questão permanece: é possível combinar o romantismo de Friedrich Schleiermacher (1768–1834) e Friedrich Schlegel (1772–1829) com o realismo de Kelsen, Sander e Alf Ross? É possível uma teoria pura do direito que não mistifique o direito, apresentando-o como ele é, mas que seja também crítica com relação ao seu objeto? Para Ephrussi, sim. Eu tentei mostrar como nos meus trabalhos (Sólton, 2016), e talvez não tenha conseguido com tanto brilhantismo quanto Ephrussi, mas o tempo todo tomei partido em favor do romantismo. Para Cadore, a resposta fica em aberto e pertence ao futuro de uma teoria pura do direito. O livro nos deixa com a sensação de que essa polêmica continua sendo essencial para a ciência jurídica – mais do que debates da moda como aquele entre Ronald Dworkin (1931–2013) e HLA Hart (1907–1992) ou entre esse e Lon Fuller (1902–1978). Quem, afinal, tem razão? Onde mora, enfim, o verdadeiro direito: na ciência ou na prática jurídica?

### *Tomar Posição: Por uma hermenêutica radical além da semântica*

Tomar posição importa. Os destinos da ciência do direito dependem, em grande medida, da coragem de identificar os seus acertos – e, sobretudo, de não ocultar os seus erros. Tomemo-la, então, a posição. E o façamos com clareza!

Elisabeth Ephrussi, no modo como a leio, abrilhanta-se exatamente por assumir posição. E o faz com precisão: Situa-se, com razão, ao lado de Kelsen – e, curiosamente, também de Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) – contra Merkl, no que diz respeito à teoria da interpretação jurídica. Partindo do pressuposto de que o direito é constituído

exclusivamente pela ciência – e não por instâncias exteriores a ela –, Ephrussi recusa o privilégio merkliano da semântica.

Para ela, o gramaticalismo hermenêutico é um limite, não um guia. A interpretação não se reduz à decodificação lógica ou linguística. Pelo contrário: todos os métodos interpretativos – gramatical, sistemático, histórico, teleológico e mesmo sociológico – concorrem em pé de igualdade para a elucidação do sentido normativo. Não há exclusões a priori: todos os elementos reconhecidos por Savigny (Savigny, 1840: § 33, 213–215) são mobilizáveis, em harmonia com os fundamentos normativos da Teoria Pura.

Desse modo, Ephrussi segue Kelsen ao valorizar os aspectos pragmáticos da linguagem como fonte legítima de interpretação. A norma não é apenas texto, mas ato de sentido em contexto. Inspirada, ainda que discretamente, pelo romantismo hermenêutico de Schleiermacher, Ephrussi não se deixa aprisionar pelos limites formais da linguagem positiva. Lê para além da letra (Ladeur; Augsberg, 2010).

Com isso, opõe-se à vertente mais positivista da Escola de Viena, que, numa guinada objetivista, oscila entre dois polos igualmente redutivos: ora a rigidez lógico-gramatical merkliana, ora a tentativa de reconstrução da “vontade do legislador” sob o manto da atualidade interpretativa (à la, por exemplo, Robert Walter [1931–2010]).<sup>5</sup>

Se quisermos dar uma roupagem contemporânea ao pensamento de Ephrussi, poderíamos dizer que, em matéria interpretativa, trata-se não apenas da substância do conteúdo (o que se quer dizer), mas também da forma do conteúdo (como se estrutura o sentido) e da substância da expressão (os efeitos que a enunciação produz).

Nesse ponto, nos aproximamos das elaborações de Gilles Deleuze (1925–1995) e Felix Guattari (1930–1992), que, ao conceberem a linguagem como inseparável da pragmática, radicalizam uma intuição que já está, em embrião, em Ephrussi. A linguagem, segundo os franceses, não é mero veículo neutro, mas força operativa. Palavras não apenas significam: elas agem, ordenam, impõem, performam.

É verdade que aqui nos distanciamos das premissas originais de Ephrussi, adentrando um território teórico marcado pelo primado da pragmática e por um corte ontológico mais profundo. Mas seria um erro supor que se trata de genealogias inconciliáveis. Ao contrário: por vias distintas, Ephrussi e os autores do “Anti-Édipo” (Deleuze; Guattari, 1972) encontram-se, ainda que obliquamente, no mesmo ponto de fuga – aquele que Friedrich Nietzsche (1844–1900) (Sommer, 2019), com sua “grande política da linguagem” (Cassin, 2022; Derrida, 1991) antecipou.

Pois o que são as “palavras de ordem” senão operadores pragmáticos de sobrevivência? Mecanismos que amalgamam, ainda que provisoriamente, indivíduos dispersos em coletividades que se dizem – e se percebem – como povo? Mesmo quando subvertem essa noção, Deleuze e Guattari não deixam de inscrever-se na tradição que vê, na linguagem, menos um espelho da realidade do que um campo de batalha por sua conformação.

---

<sup>5</sup> Veja-se a recente coletânea de trabalhos de Walter organizada pelo Instituto Hans Kelsen de Viena (WALTER 2025).

Para concluir, vale notar que o excelente autor do excelente presente livro, com refinada descrição, deixa entrever uma crítica implícita: por mais brilhante que seja, o apriorismo cientificista de Merkl não levou a Teoria Pura do Direito tão adiante quanto o fez, sob outros aspectos, a inflexão sanderiana – marcada pela ênfase na primazia da práxis sobre a teoria.

Curiosamente, o próprio nome de Sander, derivado de Alexandre (o Grande), remete à tradição judaica de homenagear esse universalista helênico, homem de ação por excelência, educado por Aristóteles. Este, no livro VI da “Ética a Nicômaco” (Aristotle, 2009: 102–117), ensinava que, entre as virtudes dianoéticas, a phronesis (sabedoria prática) deve prevalecer sobre a sophia (sabedoria teórica). Sander, nesse espírito e na forma como eu o entendo, retoma e renova o impulso aristotélico da ação pensada – da prática refletida – como critério último do saber jurídico.

É verdade, porém, que o autor do livro ainda se mostra, aqui e ali, mais merkliano do que seria desejável, ao fazer concessões à dogmática jurídica. Eu também, confesso, sou mais merkliano do que gostaria. Não por professar um apriorismo científico rígido, mas porque tendo a aderir à ideia – que não seria estranha a Merkl – de que decisões jurídicas erradas existem, sim. Não, porém, como erros diante de um ponto fixo apriorístico, mas como desvios passíveis de correção segundo uma racionalidade a posteriori, de natureza filosófico-política.

A correção do erro jurídico, assim compreendida, não se dá pela remoção de uma impureza epistemológica, mas pela sua exposição crítica e pela reformulação prática que o pensamento político-filosófico permite; é este pensamento político-filosófico que inspirará uma hermenêutica radical (Sólon, 2017), capaz de confrontar o direito com a sua própria ilicitude ou antijuridicidade. Trata-se, em suma, de reconhecer que o erro jurídico das decisões das autoridades competentes não é apenas possível, mas instrutivo – e que ele ilumina o direito, justamente ao desafiar sua autocompreensão.

## REFERÊNCIAS

ARISTOTLE. *The Nichomachean Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CADORE, Rodrigo G. „*Rechtswidriges Recht*“: *Die Merkl-Sander-Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2024. Disponível em: [https://viewer.content-select.com/pdf/viewer?id=1&id\\_type=isbn&identifiers=9783161620683&signature=8d2201a52ccfd9c9eb565132557e05b8a70fbf7d&session=00000000-0000-0000-0000-000000000000](https://viewer.content-select.com/pdf/viewer?id=1&id_type=isbn&identifiers=9783161620683&signature=8d2201a52ccfd9c9eb565132557e05b8a70fbf7d&session=00000000-0000-0000-0000-000000000000). Acesso em: 15 abr. 2025.

CASSIN, Barbara. *Elogio da tradução: complicando o universal*. Tradução de André Falkemback e Simone Petry. São Paulo: Martins Fontes, 2022.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Capitalisme et schizophrénie 1: L'Anti-Œdipe*. [S. l.]: Les Éditions de Minuit, 1972.

DERRIDA, Jacques. *Margens da filosofia*. Tradução de Joaquim Torres Costa e António M. Magalhães. Campinas: Papyrus, 1991.

LADEUR, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. "The letter kills, but the spirit gives life"? On the relevance of Jewish concepts of law for postmodern legal theory. *Journal of Law and Religion*, v. 26, n. 2, p. 427–467, 2010.

MERKL, Adolf Julius. Das doppelte Rechtsantlitz: eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts. *Juristische Blätter*, v. 47, p. 425–427, 444–447, 463–465, 1918.

SANDER, Fritz. Merkl's Rechtslehre. *Prager juristische Zeitschrift*, 1924, col. 16–31.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Erster Band. Berlin: Veit und Comp., 1840.

SÓLON, Ari Marcelo. *Caminhos da filosofia e da ciência do direito: conexão alemã no devir da justiça*. São Paulo: Prismas, 2016.

SÓLON, Ari Marcelo. *Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

SÓLON, Ari Marcelo. *Hermenêutica jurídica radical*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

SOMMER, Andreas Urs. *Kommentar zu Nietzsches Zur Genealogie der Moral*. Berlin: De Gruyter, 2019.

WALTER, Robert. *Beiträge zur Rechtstheorie: die Reine Rechtslehre in steter Entwicklung*. Viena: Manz, 2025.

Data de Recebimento: 21/02/2026.

Data de Aprovação: 04/03/2026.

# EFEITOS DA RESOLUÇÃO Nº 547/2024 DO CNJ NAS EXECUÇÕES FISCAIS DE BAIXO VALOR: UM ESTUDO EMPÍRICO NA COMARCA DE MOSSORÓ/RN

## EFFECTS OF CNJ RESOLUTION No. 547/2024 ON LOW-VALUE TAX ENFORCEMENT PROCEEDINGS: AN EMPIRICAL STUDY IN THE JUDICIAL DISTRICT OF MOSSORÓ/RN

Adailson Pinho de Araújo<sup>1</sup>  
Manuel José do Nascimento Neto<sup>2</sup>

### RESUMO

A execução fiscal é um relevante instrumento de arrecadação de créditos fiscais para a efetividade das políticas públicas no Brasil. A Resolução nº 547/2024 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trouxe novas discussões sobre a cobrança de créditos de baixo valor e incentivou meios alternativos de recuperação, com vistas à desjudicialização. Esta pesquisa examinou o impacto da referida resolução nas execuções fiscais ajuizadas pelo município de Mossoró/RN entre 2024 e 2025. Adotou-se abordagem empírico-quantitativa e descritiva, com dados extraídos de processos das varas da Fazenda Pública e testes estatísticos. Os resultados indicam redução no número de execuções fiscais, influência da norma no tipo de pagamento registrado nos processos, alta incidência de recursos nos casos em que a resolução foi aplicada e pequeno efeito no tempo de tramitação. Pesquisas futuras podem investigar a perspectiva da Administração Pública municipal sobre o tratamento das execuções de baixo valor.

Palavras-chave: Desjudicialização; execução fiscal; acesso à justiça.

### ABSTRACT

Tax enforcement proceedings are a key instrument for the collection of public revenue and the effectiveness of public policies in Brazil. Resolution No. 547/2024 of the National Council of Justice (CNJ) introduced new parameters for the collection of low-value tax debts and encouraged alternative recovery mechanisms aimed at reducing judicial caseloads. This study examined the impact of the resolution on tax enforcement cases filed by the municipality of Mossoró, State of Rio Grande do Norte, between 2024 and 2025. An empirical, quantitative, and descriptive approach was adopted, drawing on data extracted from cases assigned to the Public Treasury courts and subjected to statistical testing. The findings indicate a decline in the number of tax enforcement filings, a statistically significant association between the resolution and the type of payment recorded, a high rate of appeals in cases where the resolution was applied, and a modest effect on case processing time. Future research should explore the municipal government's perspective on the handling of low-value tax enforcement cases.

<sup>1</sup> Professor Universitário. Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestre em Direito pela Ufersa. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2531510690904438>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0755-471>, e-mail para contato: [adailsonaraujo2@gmail.com](mailto:adailsonaraujo2@gmail.com).

<sup>2</sup> Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Seminário. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1087975414616283>, ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2648-0996>, e-mail para contato: [jnetoescritorioadvocacia@gmail.com](mailto:jnetoescritorioadvocacia@gmail.com).

Key-words: Dejudicialization; tax enforcement proceedings; access to justice.

## INTRODUÇÃO

A execução fiscal no Brasil é uma das ações responsáveis pelo congestionamento de demandas e ações no Poder Judiciário, sendo causa de relativa morosidade processual e ineficiência que atinge o sistema de justiça<sup>3</sup>. Nesse sentido, o Estado (fisco), com base em estudos e análises diversas, observou que o Poder Judiciário está sendo usado, em grande parte, para cobrança de crédito fiscal de baixo valor que não se justifica por si só, seja pela baixa recuperabilidade do crédito, seja pelo retorno negativo frente aos gastos com o processamento<sup>4</sup>.

Ocorre que o debate sobre tal cenário logo chegou a todas as esferas de poder, e considerando todo o histórico relacionado à matéria de execuções fiscais de baixo valor, bem como as diversas contendas, discussões e posicionamentos de diversos tribunais do país, em fevereiro de 2024 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 547<sup>5</sup>, que instituiu medidas de tratamento racional e eficiente na tramitação das execuções fiscais pendentes no Poder Judiciário, tida como fruto do julgamento do Tema 1.184 de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A normativa determinou a extinção das execuções fiscais com valores de cobrança abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem movimentação há mais de um ano, sem citação do devedor e que não tenham sido localizados bens penhoráveis. Além disso, traçou diretrizes para as novas ações que fossem ajuizadas, como a tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa prévia e o protesto da Certidão de Dívida Ativa<sup>6</sup>.

Nesse sentido, diante da Resolução nº 547/2024 do CNJ, sabendo dos efeitos práticos que suas diretrizes almejam alcançar, bem como a escassa produção científica e existência de dados empíricos sobre a repercussão de tal norma, originou-se o seguinte problema da pesquisa: qual o efeito desta resolução nas execuções fiscais ajuizadas pelo município de Mossoró entre 2024 e 2025?

Desse modo, esse estudo conta com o objetivo geral de analisar empiricamente esses impactos no município de Mossoró. Como objetivos específicos foram elencados três: a) identificar o número e as características das execuções fiscais ajuizadas pelo município de Mossoró após a edição da Resolução nº 547/2024; b) verificar a frequência de arquivamentos/extinções de execuções fiscais enquadradas nos critérios estabelecidos na normativa; e c) avaliar os efeitos da aplicação da resolução sobre indicadores de eficiência processual e recuperação da dívida ativa municipal.

<sup>3</sup> LOPES, Eduarda Aparecida Alves; SPEZZIA, Izabela. Execuções fiscais de pequeno valor: Tema n.º 1.184 do STF e a Resolução n.º 547 do CNJ e sua aplicação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 12, n. 21, p. 94-108, 27 jun. 2025.

<sup>4</sup> ROCHA, Leonardo Brandão. Ação de execução fiscal ineficiente e suas consequências à legitimidade e legitimação das funções estatais. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 23-43, 2021.

<sup>5</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Resolução nº 547, de 22 de fevereiro de 2024*. 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5455>. Acesso em: 28 ago. 2025.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

Esse trabalho se justifica pela necessidade de se avaliar empiricamente os efeitos que uma Resolução implementada pelo CNJ está surtindo a nível de comarcas de pequeno-médio porte. Nesse sentido, sabendo da discussão sobre força normativa ou sugestiva que resoluções desse tipo detêm, buscou-se verificar se os magistrados e a Administração Pública, no caso da comarca de Mossoró/RN, estão aplicando os ditames da resolução<sup>7 8</sup>.

A pesquisa tem sua relevância ao preencher o vazio existente na discussão da Resolução nº 547/2024 até o momento, sobretudo pelo seu caráter empírico-quantitativo e descritivo, que utilizou de dados extraídos de processos autuados nas varas da Fazenda Pública da comarca, todos colhidos por meio do Processo Judicial Eletrônico (PJe). Além disso, o trabalho se apoia em três eixos teóricos interligados: a eficiência administrativa como princípio constitucional, o acesso à justiça como direito fundamental e a desjudicialização como instrumento de racionalização do sistema de cobrança fiscal. A articulação entre esses eixos orienta tanto a análise dos dados quanto a avaliação dos efeitos normativos da resolução em estudo.

### **Contexto da execução fiscal no Brasil: entre a recuperação de créditos públicos e o congestionamento do Poder Judiciário**

A execução fiscal é a ação judicial pela qual a Fazenda Pública realiza a cobrança de créditos tributários, inscritos como dívida ativa, ocorrendo normalmente por meio da intimação para pagamento, e, em caso de inadimplência, podendo ocorrer a constrição de bens do executado<sup>9</sup>.

O Estado, exercendo sua força jurisdicional executiva, promove a efetivação da norma jurídica concretizada no título executivo que deu ensejo à ação de execução fiscal, garantindo a aplicação dos direitos e deveres que se fizerem necessários<sup>10</sup>. Essa ação visa a arrecadação de recursos que devem ser destinados à utilização nos mais diversos objetivos da Administração Pública, como saúde, educação, infraestrutura e outros.

A Lei nº 6.830/1980<sup>11</sup> (Lei de Execuções Fiscais, LEF) é o principal marco legal disciplinador desse tipo de ação, atuando, ainda, como asseguradora dos direitos fundamentais do contribuinte, ao mesmo tempo em que objetiva de conferir agilidade no processo de execução fiscal.

---

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz *et al.* Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMESC*, [s. l.], v. 12, n. 18, p. 15-24, 2005.

<sup>8</sup> DAL PIZZOL, Ricardo. Limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça. Estudo de um caso: Resolução CNJ nº 236/16. In: DE PETTRO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Federalismo e Poder Judiciário*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 311-330.

<sup>9</sup> ROCHA, Leonardo Brandão. Ação de execução fiscal ineficiente e suas consequências à legitimidade e legitimização das funções estatais. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 23-43, 2021.

<sup>10</sup> SCHERER, Tiago. Execução fiscal: novas perspectivas. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 64, 2015.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. 1980. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm). Acesso em 29 ago. 2025.

O intuito primordial da LEF foi de tornar célere o procedimento da execução da dívida ativa, propiciando uma série de privilégios ao Estado enquanto exequente, garantindo uma perspectiva diferente do processo comum adotado pela legislação processual civil, fato que tem tomado rumo e efeitos contrários daqueles esperados nos casos práticos.

Trata-se de um processo cuja fase de conhecimento é suprimida em razão da existência de título extrajudicial. O procedimento resultante apresenta assimetrias, especialmente quanto aos privilégios processuais conferidos ao Estado, reforçando a posição do fisco e intensificando a pressão exercida sobre o contribuinte. Tal dinâmica permite a constrição patrimonial dos considerados inadimplentes de forma mais célere e com menor grau de restrições<sup>12</sup>.

Ocorre que, mesmo com a LEF ainda estando em vigor, seu conteúdo encontra-se ultrapassado e ineficaz para as demandas atuais, contados mais de 40 anos desde sua publicação, tendo não mais que cinco reformas significativas em seu texto<sup>13</sup>. Ademais, o procedimento previsto pela legislação tributária, sobretudo a partir da LEF, adota métodos que contribuem para a morosidade e ineficiência da execução<sup>14</sup>.

A Constituição Federal (CF/1988) indica que o princípio da eficiência deve ser considerado alicerce dos atos e das funções dos Poderes e da Administração Pública em geral<sup>15</sup>. Dessa forma, esse princípio impõe que a gestão pública preze pela diminuição dos gastos públicos exacerbados, devendo oferecer e realizar o melhor serviço possível para a população, com rendimento funcional e presteza<sup>16</sup>.

No campo da execução fiscal, esse mandamento impõe ao Estado não apenas a obrigação de cobrar seus créditos, mas de fazê-lo por meios proporcionais ao resultado esperado. Contudo, a sistemática atual das execuções fiscais, com uma vasta gama de procedimentos engessados, atrelados à busca pela solução judicial, acaba por reduzir a eficiência esperada pelo texto constitucional<sup>17</sup>.

Logo, a arrecadação de 1% a 2% da dívida ativa inscrita<sup>18</sup> evidencia descumprimento sistemático desse princípio. A eficiência, nesse contexto, traduz-se na adoção de procedimentos que maximizem o retorno fiscal com menor dispêndio de

<sup>12</sup> MARTINS, Marcelo Guerra. Deficiência da cobrança fiscal no Brasil como estímulo à sonegação: falhas e sugestões de melhoria do modelo em vigor. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 397-423, jul./dez. 2012.

<sup>13</sup> LEITE, Thales Mauro Assunção de Abreu; DANTAS, Matusalém Jobson Bezerra. Busca por maior eficiência na execução fiscal: análise do Tema nº 1.184 do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Jurídicos do Uni-RN*, [s. l.], v. 8, p. 125-149, 13 maio de 2024.

<sup>14</sup> GOUVEA, Marcus de Freitas. Crítica da Execução Fiscal como meio de cobrança do crédito público em massa: Horizontes, aperfeiçoamento e alternativas. *Revista da AGU*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 233-260, 2018.

<sup>15</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 20 set. 2025.

<sup>16</sup> PERES, Rubico Petroni Cardozo. *A desjudicialização da execução fiscal brasileira e o paradigma da eficiência*. 2020. 72 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020.

<sup>17</sup> GOUVEA, Marcus de Freitas. Crítica da Execução Fiscal como meio de cobrança do crédito público em massa: Horizontes, aperfeiçoamento e alternativas. *Revista da AGU*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 233-260, 2018.

<sup>18</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *PGFN em Números 2025*. 2025. Disponível em: [https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn\\_2025\\_1103\\_11h46\\_final.pdf](https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_2025_1103_11h46_final.pdf). Acesso em: 21 out. 2025.

recursos públicos<sup>19</sup>. Paralelamente, o art. 5º, XXXV, da CF/1988 garante o acesso à justiça como direito fundamental. A extinção ou não ajuizamento de execuções fiscais de baixo valor levanta, portanto, a questão sobre se a desjudicialização promove ou restringe esse direito para o contribuinte devedor, tensão que este trabalho examina à luz dos dados coletados.

Por outro lado, segundo a literatura, a comunidade jurídica confunde o congestionamento de demandas no Poder Judiciário com a consequência lógica de uma democracia pujante, em que todos estão discutindo seus direitos mais decisivos, interpondo recurso contra decisões injustas, e fazendo valer seus direitos de cidadão, fato que se pode questionar frente ao alto número de demandas temerárias e protelatórias ajuizadas diariamente<sup>20</sup>.

Nessa discussão, sustenta-se, com frequência, que a resolução de demandas, especialmente execuções fiscais, deve ocorrer prioritariamente pela via administrativa, concebida como alternativa inicial para aprimorar o tratamento do tema no ordenamento brasileiro<sup>21</sup>. Considerando o congestionamento provocado pelas execuções fiscais no país e a existência, no Ocidente, de três modelos de cobrança estatal (judicial, administrativa e mista), observa-se que a execução fiscal administrativa, adotada por alguns países da América Latina, apresenta resultados positivos ao promover solução mais célere e equilibrada para credores e devedores, conforme defende Silveira<sup>22</sup>.

Dessa forma, são diversas as posições que surgem acerca da ineficiência, usabilidade e reprovabilidade da LEF. Os próprios órgãos do Poder Judiciário cuidam de pesquisar e fundamentar as críticas sobre o referido tema, propondo ainda possíveis soluções. O relatório “Justiça em Números”, por exemplo, é um documento anualmente editado pelo CNJ, basilar para entender o problema ligado ao congestionamento das execuções fiscais no sistema de justiça<sup>23</sup>.

A publicação do relatório de 2024 (que apresenta dados de 2023) demonstrou que as execuções fiscais correspondem a 31% de todos os processos pendentes no Poder Judiciário. Em relação a todas as execuções pendentes (incluindo cíveis e penais), aquelas movidas pela Administração Pública correspondem a 59% dos processos em andamento, causando um congestionamento de demandas judiciais. Além disso, o relatório evidencia que de cada 100 processos, somente 12 foram baixados no ano de

---

<sup>19</sup> GOUVEA, Marcus de Freitas. Crítica da Execução Fiscal como meio de cobrança do crédito público em massa: Horizontes, aperfeiçoamento e alternativas. *Revista da AGU*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 233-260, 2018.

<sup>20</sup> RAKAUSKAS, Sérgio Ricardo Caires. *Desjudicialização da execução fiscal e eficiência na gestão econômico-tributária: novos paradigmas para o Poder Judiciário*. 2016. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2016.

<sup>21</sup> FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. 2018. 541 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

<sup>22</sup> SILVEIRA, Arthur Barbosa da. *Desjudicialização da execução fiscal: a necessária quebra de um paradigma*. 2021. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021.

<sup>23</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2024*. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em 29 ago. 2025.

2023, gerando um congestionamento de cerca de 88% e lides que duram, em média, 7 anos e 9 meses para obter algum tipo de resolução, o triplo da média global.

Ainda, segundo o CNJ, a execução fiscal tem um custo médio de R\$ 9.227,00 (nove mil, duzentos e setenta e sete reais) para o Poder Judiciário, tornando-se motivo para que se questione a viabilidade de tal ação em determinados casos, sobretudo em execuções de pequeno valor, o que será mais bem discutido no decorrer do trabalho.

Na discussão sobre a ineficiência da execução fiscal, no ano de 2024, o acervo de processos pendentes no Poder Judiciário era de 21,3 milhões, sendo que 18 milhões (84,5%) estavam na Justiça Estadual e 3,3 milhões (15,4%) estavam na Justiça Federal, com taxa de congestionamento de 73,8%.

O relatório “PGFN em Número 2025” (apresentando dados de 2024), publicado pela PGFN, demonstrou que a Dívida Ativa da União correspondia ao valor de R\$ 2,1 trilhões de reais, e que somente R\$ 30,5 bilhões de reais foram arrecadados por meio de execução fiscal, cerca de 1,5% do valor total, evidenciando a baixa eficiência do instrumento<sup>24</sup>.

Diante do exposto no relatório citado, nota-se que essa ação é, devido a vários aspectos, causadora de congestionamento, tendo em vista o aglomerado de execuções fiscais ajuizadas pelo Poder Público e a lentidão característica das fases desses processos, conforme demonstrado anteriormente. Dentre os fatores causadores desse congestionamento, merece atenção, em virtude de sua característica social, a falta de legitimidade que o contribuinte tem para com o Poder Público<sup>25</sup>.

A elevada quantidade de execuções fiscais poderia sugerir que o Estado alcança arrecadação expressiva, coerente com a finalidade atribuída à LEF. Ocorre, porém, que a realidade segue direção diversa. A arrecadação decorrente dessas demandas permanece baixa diante do crescimento contínuo, por exemplo, da Dívida Ativa da União e do acervo de execuções fiscais pendentes nos tribunais estaduais, conforme dados já citados.

O problema tem residido não somente naquilo que a LEF, resoluções e legislação correlata trouxeram, mas sim na cultura que a Administração Pública adotou acerca do instituto da execução fiscal. De acordo com Gouvea<sup>26</sup>, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro concepção de que toda execução fiscal é obrigatória, ou seja, de que todo crédito tributário constituído em atraso deve ser convertido em execução fiscal para a cobrança judicial, sem a necessidade ou possibilidade de se recorrer a outras vias administrativas.

A ausência de análise prévia sobre a viabilidade da execução, especialmente no que se refere à capacidade de solvência do devedor, tem levado ao ajuizamento de demandas contra empresas falidas ou pessoas físicas sem patrimônio suficiente. Essa prática decorre de falhas ou descuido na verificação das condições reais de recuperação

---

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *PGFN em Números 2025*. 2025. Disponível em: [https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn\\_2025\\_1103\\_11h46\\_final.pdf](https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_2025_1103_11h46_final.pdf). Acesso em: 21 out. 2025.

<sup>25</sup> ROCHA, Leonardo Brandão. Ação de execução fiscal ineficiente e suas consequências à legitimidade e legitimação das funções estatais. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 23-43, 2021.

<sup>26</sup> GOUVEA, Marcus de Freitas. Crítica da Execução Fiscal como meio de cobrança do crédito público em massa: Horizontes, aperfeiçoamento e alternativas. *Revista da AGU*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 233-260, 2018.

do crédito, resultando no dispêndio de recursos públicos em ações manifestamente inviáveis<sup>27</sup>.

Diante desse cenário, evidencia-se que o Poder Judiciário deve concentrar-se em sua função jurisdicional, pois sua estrutura e instrumentos não se revelam adequados para atuar como órgão de cobrança<sup>28</sup>. O filtro de viabilidade das execuções deve ser realizado pelo próprio exequente, de modo a evitar o incremento do já elevado congestionamento processual<sup>29</sup>. Nesse mesmo aspecto, é importante reconhecer a grande demanda entregue aos procuradores fiscais, haja vista que, com o elevado número de execuções, fica impossibilitado que seja dada a devida atenção em cada execução ajuizada<sup>30</sup>.

Dessa forma, as autoridades competentes, como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as procuradorias estaduais, o CNJ e demais órgãos de controle, têm buscado mitigar esses gargalos por meio do incentivo ao uso racional da execução fiscal em âmbito administrativo. No passado, a Portaria nº 75/2012<sup>31</sup> do Ministério da Fazenda estabeleceu a não inscrição de débitos inferiores a R\$ 1.000,00 (um mil reais) na Dívida Ativa da União e regulamentou o não ajuizamento de execuções fiscais cujo valor fosse inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Mais adiante, o Provimento nº 57/2016<sup>32</sup> da Corregedoria do CNJ constituiu um modelo de ações de governança do juízo da execução fiscal, objetivando a organização e a gestão de processos, com racionalização de procedimentos, integração de dados e ações estratégicas para a redução do acervo processual e a recuperação eficiente do crédito público, de forma contínua e com a cooperação do Poder Executivo.

Contudo, a forma de mitigação mais ampla sobre a temática das execuções fiscais ineficientes foi dada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 1.355.208 com Repercussão Geral sobre o Tema 1.184 em 2023<sup>33</sup>. A corte decidiu que o juízo poderia encerrar execuções fiscais cuja cobrança fosse de “baixo valor”, nas quais se perde o interesse de agir e se gera ineficiência e gasto do dinheiro público de forma desnecessária.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> NEDEL, Nathalia Kuczura.; HOCH, Patricia Adriani. A hermenêutica filosófica e a jurisdição constitucional: o juiz no processo tributário. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 37, n. 1, p. 19-41, 2021.

<sup>29</sup> FONSECA, Rafael Campos Soares da; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. A legitimidade política da execução fiscal na justiça federal brasileira. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 89, n. 1, p. 30-49, jan./jun., 2017.

<sup>30</sup> ROCHA, Leonardo Brandão. Ação de execução fiscal ineficiente e suas consequências à legitimidade e legitimação das funções estatais. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 23-43, 2021.

<sup>31</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria nº 75, de 22 de março de 2012*. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. 2012.

<sup>32</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento n.º 57, de 22 de julho de 2016*. Institui, de forma permanente, o Programa Nacional de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais da Corregedoria Nacional de Justiça. 2016. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_57\\_22072016\\_19032018113622.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_57_22072016_19032018113622.pdf). Acesso em: 22 set. 2025.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1355208*. Relator: Min. Carmen Lúcia, 19 dez. 2023; publicação: 2 abr. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjr499362/false>. Acesso em 29 set. 2025.

Em 2024, o CNJ publicou a Resolução n° 547/2024, com a recomendação da extinção de execuções fiscais com valores menores que R\$ 10.000,00 reais (dez mil reais), há mais de um ano sem movimentação, sem citação do devedor e sem bens penhoráveis encontrados. Além disso, a normativa tratou de critérios que devem ser respeitados no ajuizamento de novas ações de execução, como a realização de protesto da dívida ativa antes da propositura, e a tentativa de conciliação ou adoção de outras soluções pela via administrativa. Somente no caso de todas essas ações pré-processuais serem infrutíferas, deve-se dar andamento à execução fiscal.

Percebe-se que todas as medidas citadas, desde as portarias do Poder Executivo às reações do Poder Judiciário, têm o intuito de racionalizar o procedimento de execução fiscal e de promover a desjudicialização de tais ações, utilizando meios específicos para evitar que a demanda seja judicializada<sup>34</sup>.

Fica evidenciada a problemática quanto às execuções fundadas em baixo valor. Ocorre que não tem se mostrado economicamente viável, para o fisco e para o Judiciário, o processamento de demandas de baixo valor frente ao retorno financeiro que elas promovem, ou seja, não se tem um produto positivo ao se considerar o custo do processo e o retorno efetivo desse processo à coletividade<sup>35</sup>.

Nesse sentido, a Resolução n° 547/2024 do CNJ surge como instrumento que tem o dever de descongestionar o Judiciário e promover um processo executivo mais justo e eficiente, utilizando da transparência e de métodos sistemáticos para conduzir os procedimentos de execução fiscal<sup>36</sup>.

### Procedimentos metodológicos

Na realização da presente pesquisa adotou-se uma abordagem de natureza empírico-quantitativa e descritiva<sup>37</sup>, com a finalidade de analisar a aplicação e os efeitos da Resolução n° 547/2024 do CNJ na comarca de Mossoró/RN. A escolha desse tipo de abordagem se justifica pela necessidade da investigação e análise de dados concretos para mensurar a taxa de extinção de processos aptos para esse feito, o descongestionamento do Judiciário local e as alternativas de cobrança de dívida fiscal adotadas.

No Brasil, a pesquisa jurídica é historicamente dominada pelo método dogmático-dedutivo, centrado na análise normativa e doutrinária. A abordagem empírica, por sua

<sup>34</sup> BARROS, Lara Alves. *O reflexo da tese fixada no Tema 1.184 do STF e Resolução 547/CNJ: a necessidade de observância da autonomia do estado de Rondônia para cobrança de créditos não-tributários inscritos em dívida ativa*. 2025. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, 2025.

<sup>35</sup> CUSTÓDIO, Patrick Ferrão. *Otimização na cobrança extrajudicial de débitos tributários frente à Resolução 547/2024 do CNJ: uma análise em 4 municípios do meio oeste catarinense*. 2024. 31 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Gestão Pública) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2024.

<sup>36</sup> LOPES, Eduarda Aparecida Alves; SPEZZIA, Izabela. *Execuções fiscais de pequeno valor: Tema n.º 1.184 do STF e a Resolução n.º 547 do CNJ e sua aplicação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 12, n. 21, p. 94-108, 27 jun. 2025.

<sup>37</sup> RODRIGUES, Horácio Wander; GRUBBA, Leilane Serratine. *Pesquisa Jurídica Aplicada*. Florianópolis: Habitus Editora, 2023.

vez, parte do pressuposto de que afirmações sobre o comportamento do sistema jurídico devem ser verificáveis a partir de dados observáveis, e não apenas inferíveis a partir de norma<sup>38</sup>.

Nesse sentido, o presente trabalho se alinha aos Estudos Empíricos em Direito ou Jurimetria – subdisciplina que aplica métodos estatísticos ao estudo do fenômeno jurídico – ao tratar decisões judiciais e registros processuais como unidades de análise quantificáveis. Tal postura epistemológica não substitui a análise jurídica, ela a complementa, ao fornecer evidências sobre os efeitos reais de normas que, de outra forma, seriam avaliadas apenas em abstrato

Trata-se de uma pesquisa que se insere no contexto de inovação normativa proposta pela Resolução nº 547 do CNJ. Nesse sentido, a análise e a investigação dos efeitos causados no ordenamento em “recortes” menores, como o de uma comarca, são de grande valia para o avanço da literatura acadêmica acerca do tema.

Na perspectiva empírica, a pesquisa fundamentou-se na coleta de dados relativos aos efeitos de um diploma normativo sobre determinado cenário local, seguida da análise desses dados à luz da literatura já produzida sobre o tema. Fez-se, portanto, necessária a compreensão do estágio atual da matéria no ordenamento jurídico e na produção acadêmica.

O recorte temporal utilizado para a coleta de dados compreendeu o período de 22 de fevereiro de 2024 (data de publicação da Resolução) até 31 de agosto de 2025, abrangendo aproximadamente um ano e meio. Tendo em vista a recente promulgação da norma, foram selecionados os processos de execução fiscal autuados neste intervalo temporal.

Para aferição dos efeitos da Resolução nº 547/2024 na comarca de Mossoró, foi encaminhado ofício à Secretaria Unificada das Varas da Fazenda Pública, solicitando a listagem de todos os processos de execução fiscal distribuídos nas três varas da Fazenda Pública no período delimitado. Após resposta oficial, o total de ações judiciais identificadas foi de 2.107 (dois mil cento e sete) processos.

Diante da inviabilidade de análise de toda a população processual, optou-se pela extração de uma amostra estratificada proporcional e aleatória entre as varas, com nível de confiança de 95% e margem de erro de 5%. Para isso, utilizou o *software* estatístico *RStudio*, que compõe a linguagem de programação R. A amostragem resultou em um total de 332 (trezentos e trinta e dois) processos: 110 da 1ª Vara da Fazenda Pública, 109 da 2ª Vara e 113 da 3ª Vara. Os números de todos os processos foram dispostos em uma nova base de dados, a fim de se operacionalizar a pesquisa e coletar os dados específicos da amostra.

A coleta de dados dos 332 processos sorteados foi realizada por meio de consulta individual e manual no sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJe) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) entre os dias de 06/11/2025 e 19/11/2025. O PJe, embora não concebido para fins de pesquisa acadêmica, mas tão somente otimizar a

---

<sup>38</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de. *O que nos dizem os dados?: uma introdução à pesquisa jurídica quantitativa*. São Paulo: Vozes, 2023.

tramitação processual, mostrou-se um instrumento viável à consecução dos objetivos da pesquisa.

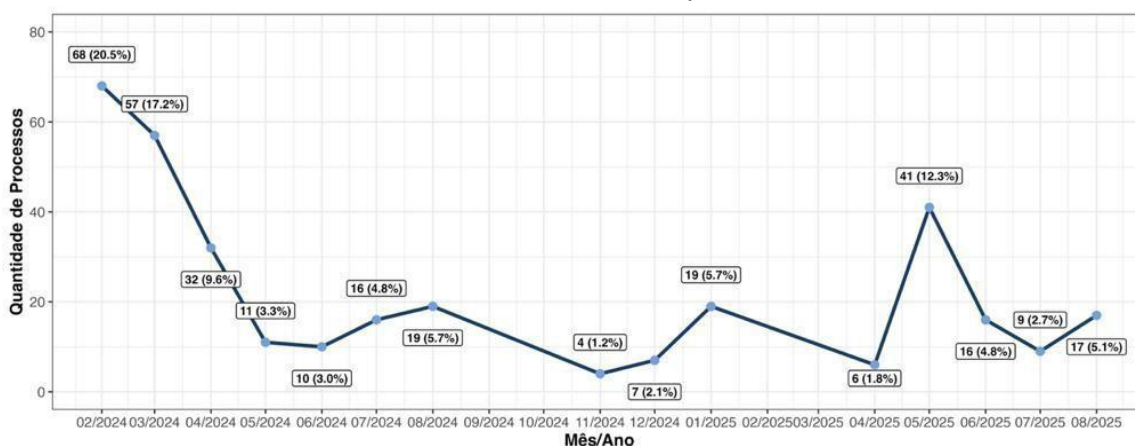
Para o tratamento estatístico, empregou-se também o *software RStudio*, utilizado para geração de gráficos e tabelas, além da análise exploratória e inferencial. As variáveis e os eixos nos gráficos foram definidos com base nos objetivos traçados pela pesquisa.

Foram extraídas medidas descritivas como média, mediana, desvio-padrão, frequências e proporções. Para inferência estatística, utilizaram-se testes adequados à natureza dos dados coletados: o teste de Mann-Whitney para comparações entre grupos independentes, e o teste exato de Fisher para associações entre variáveis categóricas. As análises foram complementadas por visualizações gráficas visando facilitar a interpretação dos dados.

## Resultados e Discussão

O Gráfico 1 demonstra a quantidade de ações fiscais ajuizadas por mês e ano no recorte de interesse da pesquisa. Os dados se referem ao conjunto total de execuções fiscais autuadas no período, incluindo execuções com valores acima e abaixo de R\$ 10.000,00.

**Gráfico 1** - Quantidade de processos de execuções fiscais ajuizados por mês e ano na comarca de Mossoró/RN.



Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

O gráfico registra 68 execuções ajuizadas em fevereiro de 2024, mês de publicação da Resolução nº 547/2024, seguido de queda para 57 em março e 32 em abril. Entre maio de 2024 e janeiro de 2025, o volume mensal oscilou entre 4 e 19 processos. Em maio de 2025, houve elevação pontual para 41 execuções, seguida de nova redução para patamares entre 9 e 17 nos meses subsequentes. Considerando os extremos da série, o total de execuções ajuizadas caiu de 68 (fevereiro de 2024) para 17 (agosto de 2025), redução de 75%.

Esse comportamento é coerente com o objetivo declarado pela Resolução nº 547/2024 de racionalizar o ajuizamento de execuções fiscais, especialmente as de baixo

valor. O art. 1º, §§ 1º e 3º, da resolução condiciona o ajuizamento à prévia adoção de medidas extrajudiciais, como o protesto da Certidão de Dívida Ativa e a tentativa de conciliação administrativa.

A queda sustentada no volume processual a partir de março de 2024 indica que possivelmente o Município de Mossoró incorporou, ao menos parcialmente, esses critérios prévios ao ajuizamento, o que representa avanço na direção da eficiência administrativa exigida pelo art. 37, *caput*, da CF/1988. Por outro lado, a elevação observada em maio de 2025 pode indicar ajuizamentos represados de períodos anteriores ou execuções de alto valor não alcançadas pela norma, hipótese que o Gráfico 3 permitirá examinar com a estratificação por faixa de valor.

Uma vez verificada a distribuição temporal dos ajuizamentos, o Gráfico 2 descreve a proporção de aplicação da Resolução nº 547/2024 do CNJ aos processos da amostra.

**Gráfico 2 - Aplicação da Resolução nº 547/24 do CNJ aos processos de execução fiscal**



Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

Dos 332 processos analisados, 155 (46,7%) apresentaram valor da causa acima de R\$ 10.000,00, tornando-os fora do alcance da resolução (“Não cabível”). Os 177 processos restantes (53,3%) estavam dentro da faixa de valor prevista pela norma. Desse subgrupo, 115 (34,6% do total) tiveram a resolução aplicada pelo juízo, enquanto 62 (18,7%) não tiveram aplicação, embora preenchessem o critério de valor.

A ausência de aplicação em 18,7% dos casos passíveis de incidência da norma merece atenção sob dois ângulos. Do ponto de vista da eficiência administrativa, a não extinção de execuções que preenchem os critérios da resolução representa manutenção de processos com baixa probabilidade de recuperação do crédito, gerando custo médio de R\$ 9.227,00 por processo ao Poder Judiciário<sup>39</sup>. Do ponto de vista da isonomia e da segurança jurídica, a aplicação desigual da mesma norma a situações fáticas idênticas – variando conforme o juízo ou o momento da decisão – contraria o objetivo de uniformização que motivou a edição da Resolução nº 547/2024.

Streck *et al.*<sup>40</sup> já apontavam que a eficácia das resoluções do CNJ depende, em larga medida, da adesão dos magistrados, o que os dados da comarca de Mossoró

<sup>39</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2024*. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em 29 ago. 2025.

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz *et al.* Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMESC*, [s. l.], v. 12, n. 18, p. 15-24, 2005.

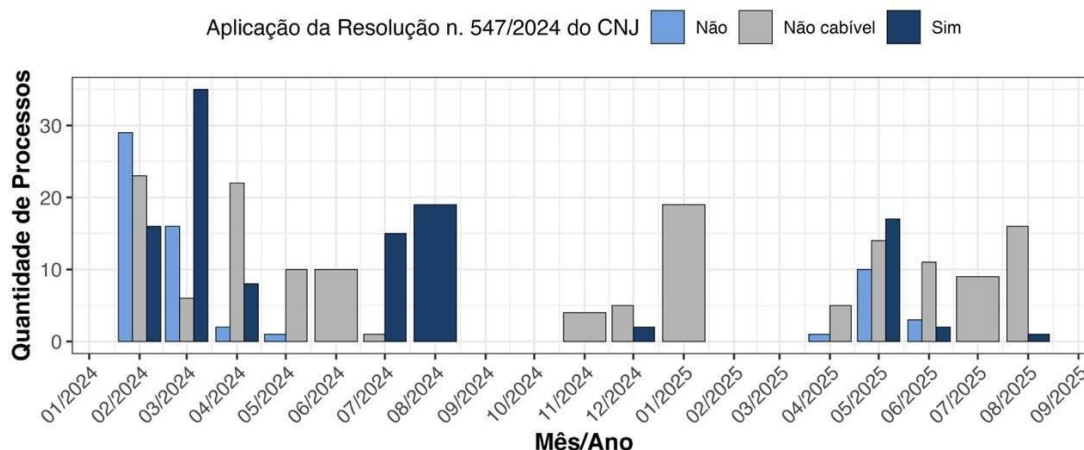
confirmam de forma parcial: a norma foi seguida na maioria dos casos elegíveis (65% do subgrupo passível de aplicação), mas a taxa de não conformidade de 35% dentro desse grupo indica margem relevante de discricionariedade judicial não controlada.

Observa-se que os índices de aplicação da resolução variam bastante na comarca de Mossoró. A porcentagem de processos em que houve aplicação (Sim) é de 34,6% do total de execuções movidas; as execuções em que não houve aplicação (Não) correspondem a 18,7%; e a porcentagem de processos que o valor ultrapassa a faixa de R\$ 10.000,00 (Não cabível) são 46,7% do total de processos.

A partir da análise do Gráfico 2, observa-se haver uma divisão quase que igualitária entre processos com valor da causa acima de R\$ 10.000,00 e abaixo desse montante, visto que, a parcela de processos passíveis de aplicação da resolução, sendo considerado o valor da causa, corresponde a 53,3% do total de execuções. Ainda, mesmo com a vigência da resolução, 18,7% dos processos não tiveram aplicação da norma mesmo estando aptos para isso, evidenciando uma ausência de implementação da resolução pelo juízo ou algum tipo de impossibilidade operacional. Fato é que tal número acaba, em certa medida, contribuindo para uma insegurança jurídica pontual na comarca.

De outro modo, o Gráfico 3 a seguir retrata, mensalmente, como se deu a aplicação da resolução nas execuções fiscais da comarca. Em fevereiro de 2024, mês da publicação do diploma normativo, houve uma predominância da não aplicação da resolução, o que correspondeu a 28 processos, ao passo que somente 16 processos tiveram aplicação efetiva.

**Gráfico 3 - Aplicação da Resolução nº 547/24 do CNJ por mês/ano**



Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

No mês seguinte, nota-se um cenário totalmente contrário. Em março de 2024 a aplicação da resolução se deu em 40 processos, e somente 16 processos tiveram sua não aplicação. Nesse aspecto, a mudança repentina de cenário revela que a “novidade legislativa” dificilmente gera efeitos práticos imediato no ordenamento<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> DAL PIZZOL, Ricardo. Limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça. Estudo de um caso: Resolução CNJ nº 236/16. In: DE PETTRO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago

Entretanto, os dados evidenciam que o Poder Executivo de Mossoró, sabendo das diretrizes previstas pela norma, buscou não judicializar execuções que pudessem ser resolvidas ou negociadas de maneira administrativa e que se enquadrem nos termos da resolução, configurando-se, talvez, como uma estratégia burocrática do município<sup>42</sup>. Dessa forma, os meses de junho, julho e agosto, ambos de 2025, contam com não mais que cinco execuções ajuizadas e aptas para a resolução a cada mês.

Ainda assim, é importante pontuar que, considerando a distribuição de processos autuados ao longo do tempo, houve uma queda de cerca de 78% no número de total de execuções movidas considerando os dados de fevereiro de 2024 e o mesmo mês do ano seguinte, conforme o mostra a análise da série histórica do Gráfico 1, anteriormente apresentado.

Nesse sentido, a análise desses dois gráficos feita em conjunto revela uma tendência a redução do número execuções fiscais ao longo do tempo, entretanto, é necessário considerar que essa diminuição é influenciada, sobretudo, pelas execuções fiscais de baixo valor, visto que o fisco estará cada vez mais atento às recomendações da resolução<sup>43</sup>.

A Tabela 1 evidencia um resumo estatístico acerca do tempo de tramitação das execuções fiscais descrito em dias, sendo apresentado de maneira estratificada por cada grupo de aplicação da resolução. Na avaliação do impacto da aplicação da Resolução nº 547/2024 sobre o tempo de tramitação das execuções fiscais de valor inferior a R\$ 10.000,00, houve utilização do teste não paramétrico de *Mann-Whitney*, em razão da ausência de normalidade nas distribuições.

**Tabela 1** – Resumo estatístico do tempo de tramitação (em dias) para cada grupo de aplicação da resolução, apenas para processos com valor da causa abaixo de R\$ 10.000,00

| Houve aplicação da Resolução? | Média | Mediana | Desvio-padrão | Mínimo | Máximo | N  |
|-------------------------------|-------|---------|---------------|--------|--------|----|
| Sim                           | 183   | 161     | 134           | 17     | 552    | 98 |
| Não                           | 239   | 164     | 169           | 2      | 628    | 46 |

Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

Verifica-se que nos casos em que não houve aplicação da resolução o tempo médio de tramitação dos processos foi de 239 dias (mediana de 164 dias), ao passo que naqueles casos que houve aplicação da resolução, há uma média de tempo de tramitação de 183 dias, no qual o processo com menor tempo teve duração de 17 dias e o processo com tempo máximo durou 552.

Massao Cortizo. *Federalismo e Poder Judiciário*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 311-330.

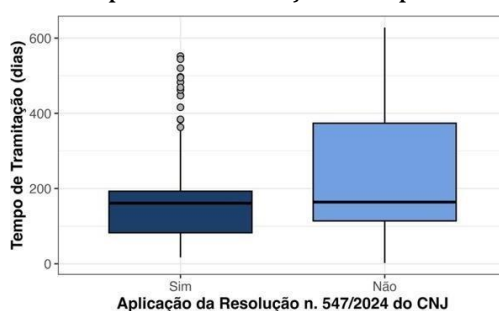
<sup>42</sup> BARROS, Lara Alves. *O reflexo da tese fixada no Tema 1.184 do STF e Resolução 547/CNJ: a necessidade de observância da autonomia do estado de Rondônia para cobrança de créditos não-tributários inscritos em dívida ativa*. 2025. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, 2025.

LEMOS, Henrique Santiago Oliveira. *A execução fiscal e o protesto extrajudicial como alternativa ao judiciário: reflexões sobre o tema de Repercussão Geral 1.184*. 2025. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2025.

Os resultados não indicaram diferença estatisticamente significativa entre os grupos, ou seja a aplicação ou não da resolução não é um fator que causa diferença significativa no contexto geral do tempo de tramitação ( $W = 1837$ ,  $p = 0,074$ ). Nesse sentido, o tempo de tramitação nos dois casos resultou bastante parecido, contando com mediana de 161 dias nos processos que houve aplicação da resolução, e 164 dias nos processos em que não houve aplicação da norma, indicando uma tendência ligeiramente mais rápida quando há aplicação.

Nesse sentido, o Gráfico 4 demonstra os dados anteriormente apontados na tabela, dando ênfase à distribuição dos processos e a dispersão dos dados, sendo visto um desvio-padrão de 134 dias (Grupo “Sim”), caracterizando uma dispersão razoável e a presença de alguns *outliers* encontrados na análise.

**Gráfico 4** - Boxplot do tempo de tramitação dos processos de execução fiscal



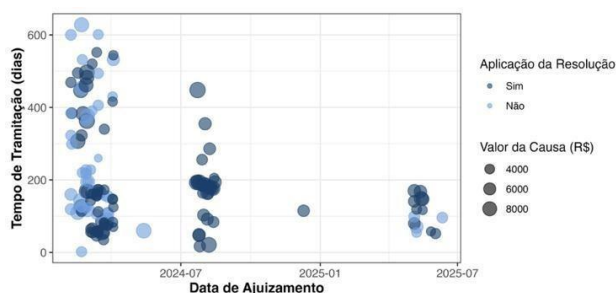
Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

Assim, os dados demonstram que os processos com valores até R\$ 10.000,00 em que houve aplicação da Resolução n. 547/CNJ, tiveram uma duração ligeiramente mais rápida que os demais, ressaltando um dos objetivos práticos da norma<sup>44</sup>. Entretanto, verificando-se a grande dispersão presente no grupo “não”, fruto do não cumprimento da norma pelos juízes, nota-se que a duração média de tempo de tramitação nesse caso é muito incerta, gerando maiores custos e insegurança jurídica para os sujeitos do processo.

O Gráfico 5 demonstra outra inferência importante: após a publicação da resolução, e com o passar do tempo, observa-se uma redução no tempo de tramitação bem como no ajuizamento de processos ao comparar o início do ano de 2024 e julho de 2025. A partir dessa visualização, pode-se considerar tal efeito por conta da já citada adoção de critérios para ajuizamento de execuções fiscais pelo Município, bem como o aumento da aplicação da resolução no tempo, consoante o demonstrado no Gráfico 3.

**Gráfico 5** - Tempo de tramitação em dias vs. data de ajuizamento dos processos de execução fiscal

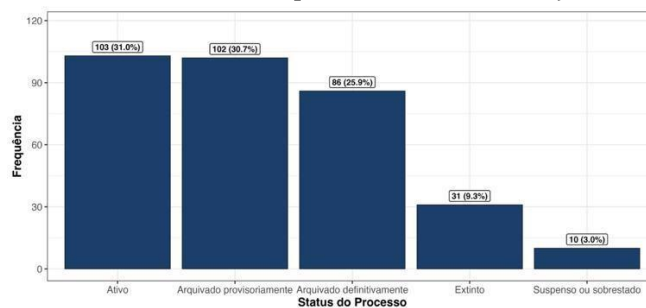
<sup>44</sup> LEMOS, Henrique Santiago Oliveira. *A execução fiscal e o protesto extrajudicial como alternativa ao judiciário: reflexões sobre o tema de Repercussão Geral 1.184*. 2025. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2025.



Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

Adiante, o Gráfico 6 demonstra o *status* processual da totalidade de processos analisados, definindo critérios e categorias detalhadas, ao passo que o Gráfico 7 retrata a situação em que se encontram os processos de execuções fiscais com base na aplicação da resolução.

**Gráfico 6 - Status dos processos de execução fiscal**



Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

Sobre as categorias de “*status* processual” vale salientar que processos “Suspenso ou sobrestado” se referem àqueles em que o juiz da causa determinou a suspensão dos autos, por até 90 dias, para o credor demonstrar a tentativa de resolução administrativa da lide, conforme o art. 1º, §5º da Resolução nº 547/24 do CNJ.

As categorias de *status* processual adotadas nesta pesquisa requerem definição prévia. Processos “Suspenso ou sobrestado” são aqueles em que o juiz determinou a suspensão dos autos por até 90 dias para que o credor demonstrasse tentativa de resolução administrativa, conforme o art. 1º, §5º, da Resolução nº 547/2024 do CNJ. “Extinto” refere-se a processos com sentença proferida e recurso pendente de apreciação em instância superior.

Processos “Ativos” estão pendentes de citação, contestação, despacho ou sentença. “Arquivado provisoriamente” corresponde, na maior parte dos casos, a processos com parcelamento em curso junto à Administração Pública, mantidos nessa situação até o pagamento integral. “Arquivado definitivamente” abrange processos com trânsito em julgado, ações ajuizadas por engano e cobranças de dívidas já quitadas.

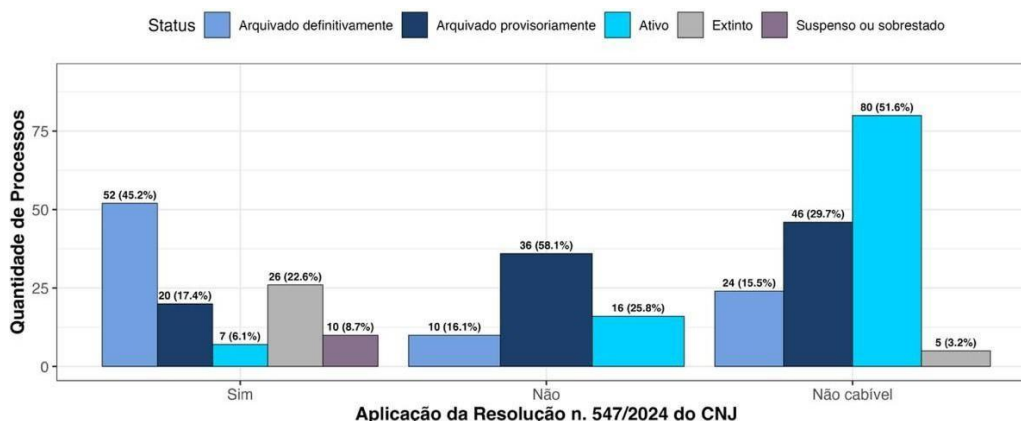
Distribuídos entre essas categorias, os 332 processos apresentaram o seguinte perfil: 103 ativos (31%), 102 arquivados provisoriamente (30,7%), 86 arquivados definitivamente (25,9%), 31 extintos (9,3%) e 10 suspensos ou sobrestados (3%). Tomados em conjunto, os processos com alguma forma de encerramento ou suspensão -

arquivamento definitivo, extinção e suspensão para resolução administrativa - somam 127 casos (38,2% do total). Esse percentual representa o conjunto de processos que, ao momento da coleta, haviam saído do fluxo ativo de tramitação, seja por resolução definitiva, seja por medida de desjudicialização determinada pelo próprio juízo.

Em termos de eficiência administrativa, o fato de 31% dos processos permanecerem ativos – pendentes de atos processuais básicos como citação ou sentença – indica que parcela relevante do acervo ainda não gerou qualquer resultado de arrecadação ou encerramento.

Rakauskas<sup>45</sup> aponta que a manutenção prolongada de execuções sem perspectiva de recuperação do crédito constitui um dos principais vetores de ineficiência do sistema. Os 10 processos suspensos (3%), embora numericamente residuais, representam a aplicação direta do mecanismo de desjudicialização previsto no art. 1º, §5º, da Resolução nº 547/2024, ao forçar o credor a demonstrar a tentativa de solução administrativa antes de retomar o curso processual. O Gráfico 7 permitirá verificar como esses *status* se distribuem entre os grupos com e sem aplicação da resolução.

**Gráfico 7 - Status processual dos processos de execução fiscal a partir da aplicação ou não da Resolução nº 547/2024 do CNJ**



Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

A associação entre o *status* processual das execuções fiscais e a aplicação da Resolução nº 547/2024 do CNJ foi analisada por meio do teste exato de Fisher, em razão da presença de frequências esperadas baixas em algumas células da tabela de contingência. O resultado revelou diferença altamente significativa entre os grupos com valor de  $p = 1,148e-14$ , indicando que a aplicação da resolução tem forte relação com efeitos diversos. Note-se que nos processos em que foi aplicada, predominaram os arquivamentos definitivos (45,2%), extinções (22,6%) e suspensões (8,7%); já entre os processos sem aplicação da normativa, prevaleceram os arquivamentos provisórios e a manutenção dos processos ativos, conforme o Gráfico 7 sugere.

<sup>45</sup> RAKAUSKAS, Sérgio Ricardo Caires. *Desjudicialização da execução fiscal e eficiência na gestão econômico-tributária: novos paradigmas para o Poder Judiciário*. 2016. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2016.

Tal análise, ressalta a evidência de que a aplicação da resolução tem conseguido filtrar demandas que poderiam gerar potencial congestionamento no Judiciário local e que não passaram pela tentativa de conciliação ou resolução administrativa. Tal feito reforça o objetivo de eficiência e desjudicialização da norma<sup>46 47</sup>.

Em outra perspectiva, ao discutir a recuperabilidade do crédito que ensejou as execuções fiscais, o Gráfico 8 retrata a situação de pagamento a partir da aplicação ou não da Resolução nº 547/CNJ.

A associação entre *status* processual e aplicação da resolução foi analisada pelo teste exato de Fisher, adotado em razão de frequências esperadas baixas em algumas células da tabela de contingência. O resultado indicou diferença altamente significativa ( $p = 1,148e-14$ ), confirmando que a aplicação da norma está associada a perfis processuais distintos entre os grupos.

No grupo com aplicação da resolução ( $n = 115$ ), predominaram os arquivamentos definitivos, com 52 processos (45,2%), seguidos de extinções, com 26 (22,6%), ativos, com 20 (17,4%), suspensos ou sobrestados, com 10 (8,7%), e arquivados provisoriamente, com 7 (6,1%). Somados, arquivamentos definitivos, extinções e suspensões representam 88 processos, equivalentes a 76,5% do grupo.

No grupo sem aplicação da resolução ( $n = 62$ ), o perfil foi oposto: 36 processos ativos (58,1%), 16 arquivados provisoriamente (25,8%) e apenas 10 arquivados definitivamente (16,1%), sem nenhum extinto ou suspenso. No grupo “Não cabível” ( $n = 155$ ), predominaram os processos ativos, com 80 casos (51,6%), seguidos de arquivados definitivamente, com 46 (29,7%), arquivados provisoriamente, com 24 (15,5%), e suspensos, com 5 (3,2%).

A comparação entre os grupos “Sim” e “Não” é a mais relevante para avaliar o efeito da resolução. No grupo com aplicação, 76,5% dos processos chegaram a alguma forma de encerramento ou suspensão para resolução administrativa. No grupo sem aplicação, 58,1% permanecem ativos, sem qualquer desfecho. Esse contraste indica que a resolução opera como mecanismo de aceleração do encerramento processual em execuções de baixo valor, o que é coerente com o objetivo de racionalização do acervo previsto no art. 1º da Resolução nº 547/2024.

Processos ativos sem perspectiva de citação ou penhora representam custo sem contrapartida de arrecadação, situação que Gouvea<sup>48</sup> identifica como um dos principais vetores do congestionamento fiscal no Judiciário brasileiro. A ausência de extinções no grupo “Não” – apesar de os processos preencherem os critérios da norma – evidencia que a não aplicação da resolução prolonga artificialmente o ciclo processual, com impacto direto na taxa de congestionamento local.

<sup>46</sup> CUSTÓDIO, Patrick Ferrão. *Otimização na cobrança extrajudicial de débitos tributários frente à Resolução 547/2024 do CNJ: uma análise em 4 municípios do meio oeste catarinense*. 2024. 31 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Gestão Pública) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2024.

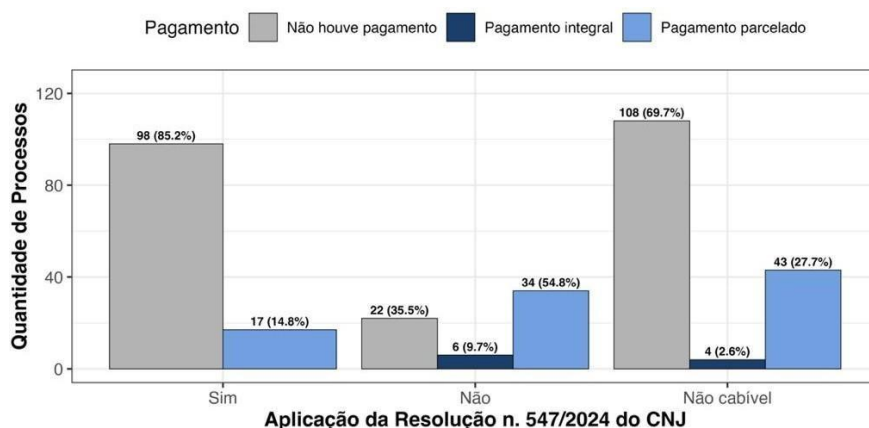
<sup>47</sup> ELIAS, Cristiano; RUIZ, Priscila Pâmela. Desjudicialização da cobrança de tributos: a aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito do processo tributário. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 145, p. 43-66, dez. 2018.

<sup>48</sup> GOUVEA, Marcus de Freitas. Crítica da Execução Fiscal como meio de cobrança do crédito público em massa: Horizontes, aperfeiçoamento e alternativas. *Revista da AGU*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 233-260, 2018.

Por outro lado, os 10 processos suspensos (8,7%) no grupo “Sim” representam a aplicação do mecanismo de desjudicialização previsto no art. 1º, §5º, da resolução, que obriga o credor a demonstrar tentativa de resolução administrativa antes do prosseguimento da execução, colocando o Judiciário em posição subsidiária em relação às vias extrajudiciais.

Em outra perspectiva, ao discutir a recuperabilidade do crédito que ensejou as execuções fiscais, o Gráfico 8 retrata a situação de pagamento a partir da aplicação ou não da Resolução nº 547/2024 do CNJ.

**Gráfico 8** - Tipo de pagamento das execuções fiscais movidas pelo município de Mossoró



Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

A associação entre tipo de pagamento e aplicação da resolução foi analisada pelo teste exato de Fisher, que resultou em  $p = 1,495e-11$ , confirmando associação estatisticamente significativa entre as variáveis.

No grupo com aplicação da resolução ( $n = 115$ ), 98 processos (85,2%) não registraram pagamento, e 17 (14,8%) apresentaram pagamento parcelado. Nenhum processo desse grupo registrou pagamento integral. No grupo sem aplicação ( $n = 62$ ), o parcelamento foi a modalidade mais frequente, com 34 casos (54,8%), seguido pela ausência de pagamento, com 22 (35,5%), e pelo pagamento integral, com 6 (9,7%). No grupo “Não cabível” ( $n = 155$ ), predominou igualmente a ausência de pagamento, com 108 casos (69,7%), seguida de pagamento parcelado, com 43 (27,7%), e pagamento integral, com apenas 4 (2,6%).

O contraste entre os grupos “Sim” e “Não” é o dado mais relevante para avaliar os efeitos da resolução sobre a recuperação do crédito. No grupo com aplicação, a ausência de pagamento integral e a predominância de não pagamento (85,2%) indicam que a resolução incide prioritariamente sobre execuções com baixa recuperabilidade do crédito.

Esse resultado é consistente com a função racionalizadora atribuída à norma, ou seja, ao extinguir ou arquivar processos sem perspectiva de arrecadação, o Judiciário reduz o custo de processamento de demandas que, segundo o relatório “Justiça em Números 2024”, custam em média R\$ 9.227,00 por processo sem gerar retorno

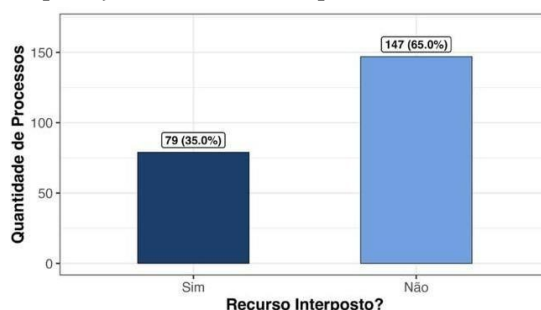
correspondente<sup>49</sup>. Em termos de eficiência, esse filtro representa alocação mais adequada dos recursos públicos destinados à atividade jurisdicional.

Por outro lado, o dado exige problematização, já que o fato de 85,2% dos processos submetidos à resolução não registrarem pagamento não implica necessariamente que os créditos sejam irrecuperáveis por outras vias. A ausência de pagamento no processo judicial pode coexistir com a possibilidade de recuperação por meio do protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa ou de negociação administrativa, instrumentos previstos no art. 1º, §§ 2º e 3º, da Resolução nº 547/2024.

Nessa perspectiva, a extinção judicial não encerra o crédito tributário, mas transfere sua cobrança para vias extrajudiciais. A resolução pode estar influenciando na extinção/arquivamento de execuções que dificilmente gerariam pagamento e retorno, contribuindo para a racionalidade do sistema de justiça e economia de receita para processamento da execução fiscal. Isso pode ser lido como racionalização do acervo judicial, ao mesmo tempo em que pode levantar questionamentos sobre os critérios particulares que os juízes têm adotado e os resultados concretos da política pública.

Quanto à existência de recursos para rediscutir a lide, o Gráfico 9 retrata que em somente 35% dos processos houve interposição de recurso, mostrando que ao considerar a totalidade de ações houve pouca incidência desse tipo de contestação. Importante ressaltar que tal parâmetro (interposição de recurso) e análise levou em conta apenas os processos em que houve sentença, onde, por óbvio, apenas esses são passíveis de recurso.

**Gráfico 9 - Interposição de recursos para rediscutir a execução fiscal**

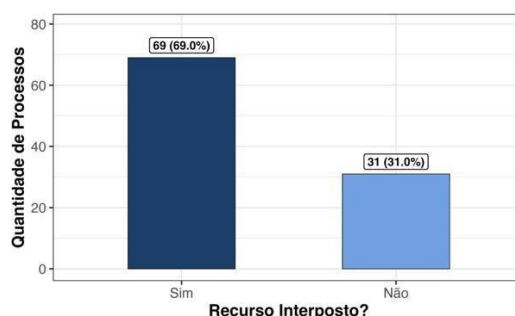


Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

De outro modo, o Gráfico 10 cuidou de isolar os casos em que houve aplicação da Resolução nº 547/CNJ, demonstrando a existência de recurso ou não, sendo realizado teste estatístico para conferir a associação entre a aplicação da resolução e a interposição de recursos.

<sup>49</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2024*. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em 29 ago. 2025.

**Gráfico 10** - Interposição de recursos para rediscutir a execução fiscal nos processos em que houve aplicação da Resolução n° 547/24 do CNJ



Fonte: Elaborado pelos autores (2026).

Nesse sentido, a proporção de execuções fiscais em que houve interposição de recurso mostrou associação estatisticamente significativa com a aplicação da Resolução n° 547/2024 tendo resultado do teste exato de Fisher  $p = 3,837e-12$ , ou seja, a aplicação da norma citada tem grande influência na incidência de interposição de recursos, mostrando, ainda, que os processos que não houve aplicação da resolução resultaram, no geral, na menor incidência de recursos. Como mostra o gráfico, dos processos submetidos à Resolução, 69% apresentaram recurso interposto, enquanto nos casos sem aplicação, apenas 9% recorreram.

Assim, os dados apresentados bem como esse padrão encontrado evidenciam que a aplicação da normativa está fortemente associada à reação recursal da parte municipal, seja por irresignação com o resultado, seja por desconhecimento da norma, a Procuradoria do Município tem se mostrado insistente em levar a demanda adiante, sugerindo possível estratégia de resistência à aplicação da resolução discutindo tal lide em instâncias superiores, fato que, segundo Peres (2020), acaba por gerar custos extras e maior congestionamento do judiciário.

Nessa perspectiva, as análises dos dados mostram uma tendência da maior implementação e uso da Resolução n° 547/2024 do CNJ com o tempo pelo Poder Judiciário, bem como a influência que a norma teve na mudança da situação local na seara das execuções fiscais.

Assim, conforme Leite e Dantas<sup>50</sup>, a resolução do CNJ traz um descongestionamento do Judiciário, o que se verificou, no cenário local, a partir da interpretação dos Gráficos 1, 2 e 3, que demonstra, em conjunto, uma redução no número geral de execuções movidas, muito embora essa diminuição ocorre pela menor presença de execuções de baixo valor.

Observando os dados presentes na Tabela 1 e Gráfico 4, nota-se que a adoção de uma medida que incentiva a desjudicialização ou a racionalização do processo surte, efeitos positivos no que diz respeito à redução do tempo de tramitação do processo, tal dado revelou que a economia processual promovida pela resolução trará benefícios

<sup>50</sup> LEITE, Thales Mauro Assunção de Abreu; DANTAS, Matusalém Jobson Bezerra. Busca por maior eficiência na execução fiscal: análise do Tema n° 1.184 do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Jurídicos do Uni-RN*, [s. l.], v. 8, p. 125-149, 13 maio de 2024.

financeiros expressivos para o Poder Judiciário, visto que não custeará o processamento de um grande número de execuções que até então dariam seguimento<sup>51</sup>.

Assim, percebe-se que dos 115 processos que obtiveram aplicação da resolução, 98 deles (cerca de 86%) já obtiveram sentença ou foram arquivados, contando com uma média de 183 dias de tramitação processual desde a autuação. Em outro cenário, dos 60 processos analisados que eram passíveis de aplicação da resolução, mas não o foram, 44 (cerca de 73%) já obtiveram sentença ou foram arquivados.

Ainda, conforme o apresentado na Tabela 1 e Gráfico 4 no que se refere ao tempo de tramitação de processos, as medianas dos grupos “Sim” e “Não” são muito semelhantes, indicando que metade dos casos de ambos tiveram o tempo de tramitação parecido.

Dessa forma, contando com a média de 183 dias em casos que houve aplicação e 239 dias nos processos sem aplicação, há evidências de que a resolução está relacionada com a redução do tempo de tramitação de execuções fiscais de até R\$ 10.000,00. Entretanto, o impacto aparenta estar concentrado naqueles casos que sem a normativa iriam se estender por muito mais tempo, ou seja, a resolução diminui o risco de tramitações muito longas sem alterar o cenário geral de execuções.

Por fim, os dados apresentados permitem uma leitura positiva sobre os efeitos da Resolução nº 547/2024 na racionalização do acervo processual. Entretanto, essa leitura deve ser analisada a partir do art. 5º, XXXV, da CF/1988, que garante ao contribuinte e ao próprio fisco o acesso ao Poder Judiciário.

A extinção de execuções fiscais de baixo valor sem prévia localização de bens ou citação do devedor pode, em determinados casos, encerrar a possibilidade de cobrança do crédito tributário, especialmente quando os meios extrajudiciais previstos na resolução (protesto, conciliação administrativa) não se mostram efetivos.

Nessa perspectiva, a norma pode produzir dois efeitos opostos: para execuções com baixa recuperabilidade, representa racionalização; para créditos com possibilidade real de pagamento não identificada previamente, pode representar renúncia fiscal indevida. Os dados do Gráfico 8, que mostram ausência de pagamento em 85,2% dos processos submetidos à resolução, sugerem que o primeiro cenário predomina em Mossoró/RN, mas não excluem o segundo.

Em termos institucionais, a alta taxa de recursos interpostos pelo Município (69% dos casos com aplicação da resolução, conforme o Gráfico 10) indica resistência da Procuradoria Municipal à norma do CNJ, o que levanta questão sobre os limites do poder regulamentar do CNJ sobre atos do Poder Executivo municipal, tema que ultrapassa o escopo deste trabalho, mas merece atenção em pesquisas futuras.

## CONCLUSÃO

---

<sup>51</sup> RAKAUSKAS, Sérgio Ricardo Caires. *Desjudicialização da execução fiscal e eficiência na gestão econômico-tributária: novos paradigmas para o Poder Judiciário*. 2016. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2016.

Com as análises realizadas a partir da coleta de dados foi possível verificar a parcela que corresponde às execuções que se enquadram na aplicação da resolução, as chamadas “execuções fiscais de baixo valor”, correspondendo a cerca de 53,3% das execuções coletadas. Tal demonstração pode estar relacionada com a falta de gestão da dívida ativa local, onde não há gerência efetiva quanto à cobrança eficiente desses créditos de baixo valor.

De outro modo, tais dados podem se relacionar com o uso desproporcional da via judicial em demandas desse tipo, mobilizando o Judiciário e todo o aparato para a cobrança de valores pequenos, tendo a falsa impressão de que o Poder Judiciário se resume a um órgão cobrador de créditos fiscais.

Ainda, verificou-se a não aplicação imediata na totalidade de execuções fiscais passíveis de emprego da norma. Contudo, após a instituição da resolução, verifica-se o aumento do seu uso e, mais tarde, uma diminuição do surgimento de ações desse tipo, podendo-se inferir que o município de Mossoró se tornou mais criterioso quanto a execuções fiscais dessa natureza ao longo dos meses, fato que, apesar de tal inferência, pode ser investigado minuciosamente a partir de dados da Administração Pública do município.

A resolução mostrou efeitos na redução de tempo de tramitação e na extinção ou arquivamento de processos que, possivelmente, teriam duração maior e probabilidade de retorno baixa, contribuindo para o descongestionamento do Judiciário e eficiência da Administração Pública. De outro modo, o município de Mossoró, vide Procuradoria Municipal, mostrou-se, conforme as análises, insistente e irredimido quanto às decisões de primeiro grau pela extinção de execuções com fundamento na resolução.

Ainda assim, frente aos efeitos positivos da resolução em comento, há de se verificar se a justiça fiscal tem sido atendida com tal norma. Nesse sentido, sabendo da importância que tal arrecadação tem para custear políticas públicas e demais gastos da Administração Pública, a Resolução nº 547 exalta um novo modelo de cobrança, que torna a arrecadação mais barata e efetiva, portanto, tal norma não tem a intenção de proibir a exigência desses pequenos valores, mas sim, de tornar efetiva a arrecadação por outros meios.

Assim, diante da inovação promovida pelo CNJ com a norma mencionada, a pesquisa contribui para o desenvolvimento da literatura ao ampliar o acervo teórico sobre o tema, especialmente no que se refere à aplicação e aos efeitos da resolução em âmbito municipal ou em contextos específicos.

A análise empírica também se mostra relevante pela forma como a metodologia foi estruturada, com a coleta de dados provenientes de processos reais de execução fiscal para a construção de métricas. Esse procedimento oferece aportes ao Direito Tributário, ao Direito Financeiro e à Jurimetria, além de gerar implicações práticas para a Administração Pública local.

Todavia, a pesquisa apresenta limitações decorrentes da escassa produção científica sobre o tema e da ausência, neste trabalho, de debate específico acerca da vinculação das normas do CNJ a todos os magistrados do país. Essa lacuna repercute na

forma como cada julgador interpreta e decide processos de execução fiscal de baixo valor, influenciando os resultados práticos da política de racionalização.

Recomenda-se, para investigações futuras, o exame dos efeitos internos nas procuradorias municipais, estaduais e federais. É relevante compreender se esses órgãos vêm priorizando a via administrativa, quais estratégias têm adotado para recuperar créditos de baixo valor, em que situações a propositura de execução fiscal se revela adequada e qual é o nível de recuperabilidade do crédito por meios alternativos. Tais questionamentos podem originar pesquisas consistentes e úteis para a comunidade jurídica.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Aline Fleury. Execuções fiscais no Brasil: estimativas e críticas à cobrança judicial de créditos. *Revista Direito Tributário Atual*, [s. l.], n. 41, p. 25–42, 2023.

BARROS, Lara Alves. *O reflexo da tese fixada no Tema 1.184 do STF e Resolução 547/CNJ: a necessidade de observância da autonomia do estado de Rondônia para cobrança de créditos não-tributários inscritos em dívida ativa*. 2025. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento n.º 57, de 22 de julho de 2016*. Institui, de forma permanente, o Programa Nacional de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais da Corregedoria Nacional de Justiça. 2016. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_57\\_22072016\\_19032018113622.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_57_22072016_19032018113622.pdf). Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2024*. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em 29 ago. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Resolução n.º 547, de 22 de fevereiro de 2024*. 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5455>. Acesso em: 28 ago. 2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 20 set. 2025.

BRASIL. *Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. 1980. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm). Acesso em 29 ago. 2025.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria n.º 75, de 22 de março de 2012*. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. 2012. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/aceso-a->

[informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2012/arquivos/portaria75.pdf](#). Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *PGFN em Números 2025*. 2025. Disponível em: [https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn\\_2025\\_1103\\_11h46\\_final.pdf](https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_2025_1103_11h46_final.pdf). Acesso em: 21 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1355208*. Relator: Min. Carmen Lúcia, 19 dez. 2023; publicação: 2 abr. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur499362/false>. Acesso em 29 set. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CUSTÓDIO, Patrick Ferrão. *Otimização na cobrança extrajudicial de débitos tributários frente à Resolução 547/2024 do CNJ: uma análise em 4 municípios do meio oeste catarinense*. 2024. 31 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Gestão Pública) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2024.

DAL PIZZOL, Ricardo. Limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça. Estudo de um caso: Resolução CNJ nº 236/16. In: DE PETTRO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Federalismo e Poder Judiciário*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 311-330.

ELIAS, Cristiano; RUIZ, Priscila Pâmela. Desjudicialização da cobrança de tributos: a aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito do processo tributário. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 145, p. 43-66, dez. 2018.

FONSECA, Rafael Campos Soares da; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. A legitimidade política da execução fiscal na justiça federal brasileira. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 89, n. 1, p. 30-49, jan./jun., 2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. 2018. 541 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de. *O que nos dizem os dados?: uma introdução à pesquisa jurídica quantitativa*. São Paulo: Vozes, 2023.

GOUVEA, Marcus de Freitas. Crítica da Execução Fiscal como meio de cobrança do crédito público em massa: Horizontes, aperfeiçoamento e alternativas. *Revista da AGU*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 233-260, 2018.

LEITE, Thales Mauro Assunção de Abreu; DANTAS, Matusalém Jobson Bezerra. Busca por maior eficiência na execução fiscal: análise do Tema nº 1.184 do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Jurídicos do Uni-RN*, [s. l.], v. 8, p. 125-149, 13 maio de 2024.

LEMOS, Henrique Santiago Oliveira. *A execução fiscal e o protesto extrajudicial como alternativa ao judiciário: reflexões sobre o tema de Repercussão Geral 1.184*. 2025. 28 f. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2025.

LOPES, Eduarda Aparecida Alves; SPEZZIA, Izabela. Execuções fiscais de pequeno valor: Tema n.º 1.184 do STF e a Resolução n.º 547 do CNJ e sua aplicação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 12, n. 21, p. 94-108, 27 jun. 2025. Disponível em: <https://www.revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/217>. Acesso em: 29 ago. 2025.

MARTINS, Marcelo Guerra. Deficiência da cobrança fiscal no Brasil como estímulo à sonegação: falhas e sugestões de melhoria do modelo em vigor. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 397-423, jul./dez. 2012.

NEDEL, Nathalia Kuczura.; HOCH, Patricia Adriani. A hermenêutica filosófica e a jurisdição constitucional: o juiz no processo tributário. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 37, n. 1, p. 19-41, 2021.

PERES, Rubico Petroni Cardozo. *A desjudicialização da execução fiscal brasileira e o paradigma da eficiência*. 2020. 72 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020.

RAKAUSKAS, Sérgio Ricardo Caires. *Desjudicialização da execução fiscal e eficiência na gestão econômico-tributária: novos paradigmas para o Poder Judiciário*. 2016. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo .

ROCHA, Leonardo Brandão. Ação de execução fiscal ineficiente e suas consequências à legitimidade e legitimação das funções estatais. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 23-43, 2021.

RODRIGUES, Horácio Wander; GRUBBA, Leilane Serratine. *Pesquisa Jurídica Aplicada*. Florianópolis: Habitus Editora, 2023.

SCHERER, Tiago. Execução fiscal: novas perspectivas. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 64, 2015.

SILVEIRA, Arthur Barbosa da. *Desjudicialização da execução fiscal: a necessária quebra de um paradigma*. 2021. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021.

STRECK, Lenio Luiz *et al.* Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMESC*, [s. l.], v. 12, n. 18, p. 15-24, 2005.

Data de Recebimento: 24/03/2026.

Data de Aprovação: 03/04/2026.