Organizadores:
Andreas Joachim Krell
Juliana De Oliveira Jota Dantas

MESTRADO EM DIREITO DA UFAL:

20 ANOS

EXPERT

mestrado em DIREITO UFAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS

Em 24 de maio de 2026, a Faculdade de Direito de Alagoas, alma mater da Universidade Federal de Alagoas, completa 95 anos de história e legado para o ensino jurídico no Estado de Alagoas. No bojo das comemorações, o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (PPGD/UFAL), tem a oportunidade de regalar à comunidade jurídica um singelo registro de seus vinte anos de existência, reunindo produções acadêmicas de docentes, discentes, egressos e egressas que desenvolveram em seu seio atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão acadêmica. A obra faz um resgate histórico de distinta produção científica oriunda do Curso de Mestrado em Direito do PPGD/UFAL publicada em periódicos e obras coletivas nacionais e internacionais.

ISBN 978-65-6006-304-4

MESTRADO EM DIREITO DA UFAL:

20 ANOS

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

A Expert Editora não se responsabiliza por quaisquer posições, opiniões e condutas compartilhadas nesta obra, sendo o conteúdo dos capítulos de responsabilidade exclusiva de seus respectivos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

K92m Krell, Andreas Joachim; Dantas, Juliana de Oliveira Jota (organizadores)
Mestrado em direito da UFAL : 20 anos / organizado por Andreas Joachim Krell, Juliana de Oliveira Jota Dantas. – Belo Horizonte : Expert Editora Digital, 2026.
834 p.
ISBN: 978-65-6006-304-4

Modo de acesso: https://experteditora.com.br

1. Direito. 2. Direitos humanos. 3. Hermenêutica jurídica. 4. Pós-graduação em direito. 5. Direito constitucional. I. Krell, Andreas Joachim, org. II. Dantas, Juliana de Oliveira Jota, org. III. Título.

CDD: 340
CDU: 34

Índices para catálogo sistemático:

Direito (Geral) – CDD 340 / CDU 34

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Federal University of Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Autonomous University of Lisbon,
Higher School of Sports of Rio Maior,
Higher School of Social Communication (Portugal),
The Football Business Academy (Switzerland)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
University of Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Faculty of Legal and Social Sciences,
National University of the Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Cèsar Mauricio Giraldo
University of the Andes, ISDE, Pontifical
Bolivarian University UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Federal University of Minas Gerais - UFMG.
and PUC - MInas

Prof. Dr. Gladston Mamede
Lawyer and writer

Prof. Dr. Francisco Satiro
University of São Paulo Law School - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
University of the Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Anahuac University, Technological
University of Mexico (UNITEC), University
of the Valley of Mexico (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Federal University of Minas Gerais- UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Federal University of Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB and UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Leonardo Ferreira Vilaça
University of Itaúna – UIT and State
University of Minas Gerais – UEMG

Prof. Dr. Luciano Timm
Getulio Vargas Foundation - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Law School, Agostinho Neto University (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Federal University of Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Continental University, Huancayo Campus,
Sacred Heart University (UNIFE), Cesar
Vallejo University, Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura
State University of Montes Claros

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
University Center Unihorizontes and Federal
University of Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Federal University of Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas and Milton Campos College

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Federal University of Minas Gerais - UFMG.
PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
State University of Minas Gerais - UEMG

AGRADECIMENTOS

Em 24 de maio de 2026, a Faculdade de Direito de Alagoas, *alma mater* da Universidade Federal de Alagoas, completa 95 anos de história e legado para o ensino jurídico no Estado de Alagoas. No bojo das comemorações, o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (PPGD/UFAL), tem a oportunidade de regalar à comunidade jurídica um singelo registro de seus vinte anos de existência, reunindo produções acadêmicas de docentes, discentes, egressos e egressas que desenvolveram em seu seio atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão acadêmica. A obra faz um resgate histórico de distinta produção científica oriunda do Curso de Mestrado em Direito do PPGD/UFAL publicada em periódicos e obras coletivas nacionais e internacionais.

Agradecemos encarecidamente à participação dos autores e autoras, do apoio discente na organização do livro nas pessoas de Cleane Amorim e Maria Eduarda Teles, do olhar cuidadoso dos organizadores com especial contribuição do Professor Doutor Andreas Krell e ao apoio institucional da Direção da Faculdade de Direito de Alagoas, sob a ímpar gestão da Professora Doutora Elaine Pimentel e do vice-diretor, Professor Doutor Filipe Lobo, ambos partícipes ativos do Colegiado do Curso de Mestrado.

É fundamental consignar que a construção e publicação da obra coletiva é mais um fruto do fomento recebido pelo PPGD/UFAL no Programa de Redução de Assimetrias da Pós-Graduação no Brasil, oferecido pela CAPES, a quem registramos elevada consideração e apreço, ao lado da Reitoria e da Pró-Reitoria em Pesquisa da Universidade Federal de Alagoas, esteio e norte no contínuo aperfeiçoamento do Curso de Mestrado em Direito da UFAL, a quem dirigimos os sinceros agradecimentos.

Por fim, à comunidade que compõe o Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFAL), docentes, estudantes, servidores técnicos, egressos e egressas, mas sobretudo, a quem nos antecedeu na construção, desenvolvimento e consolidação do Curso de Mestrado: muito obrigado(a)!

APRESENTAÇÃO

Em março de 2024, fez 20 anos que o curso de Mestrado da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) foi aprovado junto aos órgãos do Ministério da Educação (MEC), instituindo-se o Programa de Pós-Graduação em Direito Público (PPGD) da Universidade Federal de Alagoas (Ufal). Desde então, ele se propõe a captar no Direito vivo os saberes transformadores da sociedade e dar-lhes explicitação crítica e construtiva na seara jurídica. Partindo de problemas e desafios jurídicos concretos, estudos e pesquisas desenvolvidas no mestrado da FDA abrem-se a uma visão interdisciplinar, com o fim de formar pesquisadores e docentes altamente qualificados em sua área de concentração (Fundamentos Constitucionais dos Direitos).

Para os discentes que já exercem profissões jurídicas, o curso de mestrado não oferece um simples programa de aperfeiçoamento, mas visa a construir um fundamento mais sólido de conhecimentos nas áreas da Teoria, da Filosofia e da Sociologia do Direito, com o fim de proporcionar aos operadores do Direito uma melhor compreensão da sua função no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, docentes e discentes do nosso PPGD vêm elaborando trabalhos científicos que não apenas reproduzem instrumentos dogmáticos ou decisões judiciais, mas também promovem uma construtiva crítica doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Todos os textos desta coletânea comemorativa do referido programa partem de uma solida formação humanística e de conhecimentos jurídicos que permitem aos autores irem além de uma mera descrição reprodutiva e avançarem na problematização das questões teóricas subjacentes que envolvem as estruturas do Estado Democrático de Direito e a efetividade dos direitos fundamentais individuais e coletivos. São, portanto, fruto de um pensamento autônomo e reflexivo, versando sobre temas específicos ligados ao

Direito Constitucional, Civil, Processual, Administrativo, Tributário, Penal bem como à Sociologia Jurídica e à Teoria do Direito.

A produção acadêmico-científica no curso de mestrado hoje é bem distribuída entre os seus integrantes. Inicialmente concentrada nos artigos e livros publicados por poucos docentes e nas próprias dissertações apresentadas no fim do curso, ela passou a incluir textos produzidos por quase todos os discentes mestrandos durante a fase de sua formação, na sua maioria escritos em coautoria com os seus orientadores. Dessa forma, foram elevados os índices de produtividade – essenciais para a avaliação do PPGD pelos órgãos de governo – e a própria qualidade dos artigos e capítulos de livros, que são frequentemente citados por autores ligados a outras instituições e doutrinadores nas diferentes áreas do Direito.

A coletânea oferece ao leitor um panorama multifacetado da projeção, interação e tensão entre os diferentes ramos da dogmática jurídica contemporânea. A partir da Constituição de 1988, marco paradigmático na construção do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e na promoção da justiça social, os direitos fundamentais se consolidaram como exigências normativas dotadas de eficácia jurídica e aptos para alcançar a efetividade social. Essa transição conceitual, contudo, provocou uma vasta gama de desafios teóricos, institucionais e culturais, razão pela qual a sua análise crítica continua a representar um tema central nos debates acadêmico-doutrinários do nosso tempo.

Ainda que as abordagens oferecidas nos diferentes capítulos deste livro partam de marcos teóricos e metodológicos variados, elas convergem para a preocupação comum de garantir que os direitos constitucionalmente assegurados se tornem realidade na vida das pessoas. Desejamos que a obra inspire novas pesquisas e contribua para a construção de uma práxis jurídica que compreenda os direitos fundamentais não apenas como promessas normativas, mas também como realidades possíveis e necessárias em um país que, até hoje,

se destaca por seus elevados índices de desigualdade social e pela qualidade de vida precária de boa parte de sua população.

Maceió, julho de 2025.

Andreas J. Krell
Doctor Juris pela *Freie Universität Berlin*
Professor Titular de Direito Ambiental e Constitucional da FDA/Ufal
Ex-coordenador do curso de Mestrado em Direito Público (2004-06, 2019-23)
Pesquisador bolsista do CNPq (PQ-1A)

PREFÁCIO

Com a passagem dos 20 anos de criação e funcionamento do curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (PPGD/Ufal), docentes, egressos/as e discentes contribuíram com registros de pesquisas e estudos realizados no PPGD/Ufal para compor a presente obra comemorativa. O livro reúne artigos publicados e produções até então inéditas, em diversas temáticas inseridas na área de concentração "A fundamentação constitucional dos direitos" que vão desde a Teoria da Linguagem e da hermenêutica constitucional, à efetividade de direitos em espécie.

Além de marcar mais de duas décadas de formação e aperfeiçoamento acadêmico nas ciências sociojurídicas no Estado de Alagoas, contribuindo de forma pujante para o avanço do ensino e da produção jurídica, a obra visa oferecer à comunidade – ainda que por amostragem – maior acessibilidade à produção do PPGD/Ufal, partilhando com ela seus frutos e convidando-a a conhecer e acompanhar mais de perto o conhecimento aqui produzido, reconhecido em periódicos de impacto nacional e internacional.

Das diversas contribuições encaminhadas à chamada para publicação da obra, o PPGD/Ufal teve a difícil missão de selecionar participações que ilustrem a diversidade de suas pesquisas, bem como da atuação docente, do corpo estudantil e do conjunto de egressos e egressas que, ao longo dos anos, são entregues pelo curso de mestrado para seguir no aperfeiçoamento acadêmico e profissional, além de robustecer os quadros docentes em Instituições de Ensino Superior no Estado de Alagoas e fora dele.

Em nome de toda a Comunidade do PPGD/Ufal, seguem-se os votos de que o esforço coletivo engrandeça a notável história do primeiro curso de Mestrado em Direito de Alagoas, ainda o único oferecido por uma instituição pública e que carregue aos seus

destinatários a comunhão de seus produtos, com o convite sempre aberto a também integrar essa distinta instituição.

Maceió, agosto de 2025.

Juliana de Oliveira Jota Dantas,
Docente nos cursos de graduação e de Mestrado em Direito – PPGD/FDA/Ufal
Coordenadora do curso de Mestrado em Direito de 2023-2026

SOBRE AUTORES/AS

Alessandra Marchioni

Mestre e Doutora em Direito na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Professora Associada I na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas, Brasil. Coordena o Núcleo de Estudos de Direito Internacional e Meio Ambiente (NEDIMA). Professora visitante na Cátedra Livre de Deuda Publica no Programa de Educación Permanente da Escuela de PosGrado, Facultad de Derecho da Universidad de la República (UDELAR) Uruguay. Foi professora visitante na disciplina Teoria delloStato e Costituzione, na FacoltàdiGiurisprudenza, da Universitàdegli Studi della Campania (Luigi Vanvitelli) Itália. Pesquisadora da Red Internacional de Catedras sobre el estudio de la Deuda Pública (RICDP)/ Uruguay. E-mail: alemarchioni@hotmail.com. Telefone: +55 (82) 99152-1184.

Andreas J. Krell

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA/Ufal), Maceió. *Doctor Juris* pela *Freie Universität Berlin* (Alemanha). Ex-coordenador do curso de Mestrado em Direito da FDA (2004-06, 2019-2023). Ex-diretor da FDA (1999-2001, 2006-2014). Professor colaborador do PPGD/UFPE, Recife (desde 1996). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (PQ-1A).

Andrey Bruno Cavalcante Vieira

Advogado. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela EBRADI. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. E-mail: andrey.vieira10@gmail.com.

Beclaute Oliveira Silva

Doutor em Teoria do Geral do Direito e Decisão Jurídica pela UFPE. Mestre em Direito Processual pela UFAL. Especialista em Direito Processual pela UFAL e Graduado em Direito pela UFAL. Membro do IIDP (Instituto Ibero Americano de Direito Processual). Associado

Fundador da ANNEP (Associação Norte Nordeste dos Professores de Processo) atual Presidente. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro honorário da ABEP (Associação Brasileira Elas no Processo). Membro do CEAPRO. Membro da ABDPRO. Professor Associado 3 da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) - Graduação e Mestrado. Professor Titular III do Curso de Direito do CESMAC - Graduação e Mestrado. Professor colaborador no curso de Especialização em Direito das seguintes Instituições: PUC(RS), EJUSE - Escola Judiciária de Sergipe, CESUPA(PA), IBET(AL). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito e do Processo, atuando principalmente nos seguintes temas: processo civil, teoria geral do direito e decisão jurídica. Em seu Currículo Lattes os termos mais frequentes na contextualização da produção científica, tecnológica e artístico-cultural são: Processo Civil, Decisão Jurídica. Direito Probatório. Tributário. Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito.

Camila Raphaelle de Farias Souza

Mestre em Direito Público (FDA/UFAL). Especialista em Direito Processual, Direito Público e Direito da Seguridade Social - Previdenciário e prática previdenciária. Integrante do Núcleo de Estudos do Estatuto da Cidade (NEST) e do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Meio Ambiente (NEDIMA), ambos da UFAL. Advogada. E-mail: camilafariasadv@hotmail.com.

Cleane Amorim Sibaldo Pergentino Vieira

Advogada. Mestranda em Direito Público pelo PPGD/UFAL. Pós-Graduada em Direito Civil.

Elaine Pimentel

Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (2011), mestra em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas (2005), graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (1999), Professora Associada dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Alagoas. É líder dos grupos de pesquisa CARMIM Feminismo Jurídico, Núcleo

de Estudos e Políticas Penitenciárias (NEPP) e Núcleo de Estudos sobre a Violência em Alagoas (NEVIAL) e integrante do Grupo de Pesquisa Educações em Prisões (GPEP), todos registrados no CNPq. É Diretora da Faculdade de Direito de Alagoas, da Universidade Federal de Alagoas (2018-2022 e 2022-2026) e voluntária na ONG Centro de Defesa dos Direitos da Mulher (CDDM).

Elita Isabella Morais Dorvillé de Araújo

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (Ufal). Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap).

Eraldo Silveira Filho

Mestre em Direito pelo PPGD/UFAL. Defensor Público em Alagoas.

Ewerton Gabriel Protázio de Oliveira

Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Atuou como membro de Comissão de Trabalho nas I, II e III Jornadas de Direito Processual Civil, bem como da VIII Jornada de Direito Civil e da I Jornada de Direito Administrativo, todas realizadas pelo Conselho da Justiça Federal. Ex-Secretário Especial da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Ex-Assessor Judiciário de Desembargador e de Juiz de Direito no TJAL. Ex-Conselheiro Fiscal da Fundação de Previdência Complementar do Estado de Alagoas, com certificação CPA-20 da ANBIMA. Autor de artigos científicos e obras jurídicas.

Filipe Lôbo Gomes

Doutor em Direito pela UFPE. Professor no mestrado e na graduação em Direito da UFAL e do CESMAC. Professor da Escola Superior da Magistratura de Alagoas. Pesquisador líder do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos da Regulação e da Nova Gestão Pública. Sócio fundador do Instituto de Direito Administrativo do Estado de

Alagoas - IDAA. Vice-Diretor da FDA-UFAL. Procurador-Geral do TJ-AL. Endereço de e-mail para contato: filipelobo78@gmail.com.

Frederico Wildson da Silva Dantas

Professor Associado da Universidade Federal de Alagoas. Docente nos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito do PPGD/UFAL. Desembargador Federal do Tribunal Regional da 5ª Região.

Gabriel Ivo

Professor Associado da Universidade Federal de Alagoas. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Estado de Alagoas.

George Sarmento

Professor da Faculdade de Direito/UFAL, membro do Instituto Histórico e Geográfico de Alagoas, advogado e Doutor em Direito Público (UFPE).

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Doutor (2015) e mestre (2009) em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Alagoas.

Ianá Priscilla de Oliveira Silva

Mestra em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, Brasil. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas - FDA da Universidade Federal de Alagoas, Brasil. Graduada em Serviço Social pela Faculdade Integrada Tiradentes, Brasil. Bolsista CAPES. E-mail: priscilla.iana@hotmail.com. Telefone: +55 (82) 99637-5314.

Jéssica Andrade Modesto

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Advogada. Servidora Pública Federal. E-mail:jessicaandrademodesto@gmail.com.

Joanna Dhália Andrade Macedo Gomes

Professora Substituta da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público (PPGDP) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL). *E-mail*: joannadamg@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1946703603646841

João Cássio Adileu Miranda

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Procurador do Estado de Alagas.

João Paulo de Carvalho Vasconcelos

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas da Universidade Federal de Alagoas – FDA/UFAL. Pós-Graduado em Direito Processual pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas. Pós-graduando em Gestão da Jurisdição Inovadora, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Assessor Jurídico no Tribunal Regional Federal da 5ª Região-TRF5.

Juliana de Oliveira Jota Dantas

Professora Adjunta na Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Docente nos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito do PPGD/UFAL. Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito (PPGD/UFAL) no biênio de 2023-2025 e de 2025-2026.

Lucas Marques Coutinho

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Criminologia - Psicologia Jurídica e Ciências Criminais pelo Centro Universitário Cesmac. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Cesmac (CESMAC). Advogado. https://orcid.org/0009-0005-6888-9111.

Manoel Cavalcante de Lima Neto

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto da Universidade Federal de Alagoas (Ufal). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (TJ/AL).

Marcos Ehrhardt Jr

Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (Ufal) e do Centro Universitário Cesmac. Editor da Revista Fórum de Direito Civil (RFDC). Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Presidente da Comissão de Enunciados e Vice-Presidente da Comissão de Família e Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Associado do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (Iberc) e Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont.

Maria Eduarda Rodrigues Teles Ferreira

Advogada. Mestranda em Direito Público Pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-Graduada em Gênero e Direitos Humanos pela Escola Brasileira de Direito das Mulheres. Pós-Graduanda em Processo Civil.

Nayanne Lays de Oliveira Lima

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Advogada formada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL/2013). Especialista em Direito Público (2014-2015) e Especialista Direito Digital e *Compliance* (2017-2018), ambas pela Faculdade Damásio de Jesus. Sócia Efetiva do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas e Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/AL. Endereço CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/5626258388416884. E-mail: nayanne_oliveira@hotmail.com.

Olga Jubert Gouveia Krell

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Associada II de Sociologia do Direito dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito FDA-UFAL.

Pedro Brabo dos Santos

Graduado em Direito pela UFAL. Mestre em Direito Público pela UFAL. Advogado. Endereço de e-mail para contato: pedrobrabo81@gmail.com.

Pedro Henrique Nogueira

Pós-doutor (UFPE), Doutor (UFBA) e Mestre em Direito (UFAL). Professor associado (graduação e mestrado) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e membro fundador da Associação do Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Advogado. e-mail: phpn@ig.com.br.

Plínio Régis Baima de Almeida

Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (FND), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). *Doutorado sanduiche* - Department of Political Science at Indiana University. *Doutorado sanduiche*- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Professor de Direito do Centro Universitário Mário Pontes Jucá (UMJ). Procurador do Município de Maceió-AL.

Raíi Moraes Sampaio de Paiva

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (PPGD-Ufal); integrante do Grupo de Pesquisa "Em defesa de um 'padrão metódico-interpretativo básico' no Direito Público brasileiro: significado e utilidade de diferentes modelos de hermenêutica jurídica e a sua recepção pela prática", financiado pelo CNPq.

Rosmar Rodrigues Alencar

Doutor (PUC-SP) e Mestre (UFBA) em Direito. Professor Adjunto (UFAL) e Titular (UNIT-AL). Juiz Federal (AL).

Vitor Henrique Melo de Albuquerque

Doutorando em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Advogado e Árbitro.

SUMÁRIO

1. Enfrentamento à Violência contra a Mulher: Atuação Participativa das ONGs no Caso Maria da Penha vs. Brasil (CIDH, n. 12051/2001) e a Agenda Política de Direitos Humanos das Mulheres no Brasil ..25
Alessandra Marchioni, Ianá Priscilla de Oliveira Silva

2. A Importância dos Métodos Clássicos de Interpretação Jurídica para a Formação das Decisões: Entre Pré-Compreensão e Argumentação Racional.....53
Andreas J. Krell

3. Direitos Humanos, Feminismos e a Proteção das Mulheres: Contribuições para uma Perspectiva Decolonial de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano a partir de uma Análise do Caso Campo Algodoeiro vs. México 119
Elita Isabella Morais Dorvillé de Araújo, Olga Jubert Gouveia Krell

4. Decisão de Pronúncia e Racionalidade do Julgamento.....135
Rosmar Rodrigues Alencar

5. O Princípio da Simplicidade Tributária nas Funções Legislativa, Executiva e Judiciária do Estado 155
Manoel Cavalcante de Lima Neto

6. Da Herança e sua Administração à Herança Digital.....175
Marcos Ehrhardt Jr.

7. A Universidade de Coimbra e os Magistrados Coloniais.....201
George Sarmento

8. Legitimidade Extraordinária e Limites Subjetivos da Coisa Julgada 231
Pedro Henrique Nogueira

9. Sistema Penitenciário em Alagoas: O Encarceramento em Massa no Contexto de uma Cultura de Violência 257
Elaine Pimentel, Hugo Leonardo Rodrigues Santos

10. Universalismo versus Relativismo Cultural: A Afirmação Universal dos Direitos Humanos no Âmbito do Direito Constitucional Internacional 285
Frederico Wildson da Silva Dantas

11. Ao Estado de Direito Ambiental: Caminhos para Superação da Crise de Efetividade no Direito Constitucional do Meio Ambiente Brasileiro 327
Juliana de Oliveira Jota Dantas

12. Decisão Jurídica como Sistema de Controle do Comportamento: Notas à Margem de Tercio Sampaio Ferraz Júnior 373
Beclaute Oliveira Silva

13. A Linguagem do Direito e a Decisão Jurídica Voluntarista (Anotações ao Direito e à Formação da sua Linguagem para a Regulação da Conduta) 395
Gabriel Ivo

14. O Enunciado 665 da Súmula do STJ e a Estrutura Sistêmica do Direito Administrativo Sancionador: A "Ciranda de Pedra" da Prática Constitucional dos Novos Paradigmas do Direito Administrativo

Brasileiro 445
Pedro Brabo dos Santos, Filipe Lôbo Gomes

15. O Constitucionalismo Latino-Americano e suas Contribuições para o Reconhecimento dos Movimentos Sociais como Novos Sujeitos de Direito 481
João Paulo de Carvalho Vasconcelos

16. O Jurídico é Também Político: A Teoria Gradualista de Hans Kelsen e a Perspectiva Política do Conteúdo da Decisão Judicial 509
Plínio Régis Baima de Almeida

17. A Garantia do Direito à Moradia diante da Segregação Sociourbana: Análise da Comunidade do Dique Estrada, Localizada às Margens da Laguna Mundaú 537
Camila Raphaelle de Farias Souza

18. Perspectivas Criminológicas, Guerra às Drogas e Controle Social: Trajetórias do Punitivismo Neoliberal 573
Eraldo Silveira Filho

19. A Técnica Clássica da Subsunção Dedutiva após a Virada Linguístico-Pragmática: Uma Visão Antirrelativista 601
Raíi Moraes Sampaio de Paiva, Andreas J. Krell

20. Revolução Digital e suas Implicações no Direito Moderno: Podemos Considerar o Acesso à Internet como um Direito Fundamental no Brasil? 625
Lucas Marques Coutinho, Filipe Lôbo Gomes

21. O Sistema de Apoio da Lei Brasileira de Inclusão Colocado à Prova e o Reconhecimento da Guarda de Fato.....647
Joanna Dhália Andrade Macedo Gomes

22. Desafios da Aplicação de Perfis nos Processos Seletivos e a Importância das Legislações de Proteção de Dados Pessoais.....675
Jéssica Andrade Modesto, Marcos Ehrhardt Júnior

23. A Aplicação de Estratégias no Ensino Jurídico para uma Didática mais Eficiente e Efetiva no Cenário da Educação Jurídica Brasileira.....701
Nayanne Lays de Oliveira Lima

24. Dividido por Zero: A Inviabilidade Prática da Fórmula de Radbruch como Critério Interpretativo.....721
João Cássio Adileu Miranda

25. Sobre uma Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais e sua Repercussão na Decisão Judicial.....749
Ewerton Gabriel Protázio de Oliveira

26. Informação Jornalística, Sociedade e *Fake News:* Perspectivas Econômicas e Comportamentais sobre a Desinformação à Luz do Direito.....773
Andrey Bruno Cavalcante Vieira

27. Breves Reflexões sobre a Oficialidade Probatória no Processo Civil: Qual é o Compromisso Legal com a Verdade, e Qual Verdade?.....803
Vitor Henrique Melo de Albuquerque

Posfácio.....833

1. ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ATUAÇÃO PARTICIPATIVA DAS ONGS NO CASO MARIA DA PENHA VS. BRASIL (CIDH, N. 12051/2001) E A AGENDA POLÍTICA DE DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO BRASIL

Alessandra Marchioni
Ianá Priscilla de Oliveira Silva

INTRODUÇÃO

A democracia representativa, adotada pela maioria dos denominados Estados Democráticos de Direito, enfrenta um sem número de obstáculos para a efetividade de seu exercício na contemporaneidade. Dentre esses obstáculos, destacam-se: as limitações à garantia de direitos hu2manos a grupos "vulneráveis", condição relacionada à própria inviabilidade representativa nos espaços tradicionais da política. Em situação adversa, os grupos vulneráveis, ou "vulnerabilizados", tornam-se também "invisibilizados" para a finalidade de promoção e de assistência em âmbito de políticas públicas. Nesse cenário, as ONGs adquirem um importante papel na construção das agendas políticas, especialmente no atual momento, do Estado brasileiro.

Segundo informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) de 2019, as mulheres são 51,8% da população brasileira[1]. No entanto, se bem que maioria da população, as mulheres brasileiras se encontram sub representadas no Parlamento nacional, ocupando apenas 15% das cadeiras legislativas (Mapa

1 Disponível em: https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html#:~:text=Segundo%20dados%20da%20PNAD%20Cont%C3%ADnu,51%2C8%25%20de%20mulheres. Acesso em: 12 set. 2020.

Mulheres na Política/2019)[2]. Esse *déficit* democrático reverbera no número de propostas e aprovações legislativas em relação à proteção dos direitos da mulher. Em grau de execução de políticas públicas não são menores as dificuldades[3].

Ao mesmo tempo, conforme dados da 8ª edição da Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (2019)[4], 27% das mulheres declararam, em pesquisa de amostragem, terem sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem em algum momento da vida.

Segundo o Datafolha, em pesquisa encomendada pela ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública[5] para avaliar os impactos da violência contra as mulheres no Brasil, 42% dos casos de violência ocorrem no ambiente doméstico. A mesma pesquisa aponta que 536 mulheres foram vítimas de agressão física a cada hora, no último ano, no Brasil, e que em 76,4% dos casos as vítimas conheciam o agressor.

Nesse contexto de vulnerabilidade extrema, crescem as atividades das organizações não governamentais (ONGs) associadas às pautas de reconhecimento de gênero e de promoção e monitoramento dos direitos humanos e das mulheres, garantidos pelas mais diferentes fontes de direito e instâncias administrativas do país. No âmbito jurídico, as ONGs se propõem a oferecer assistência jurídica gratuita em contenciosos nacionais e/ou internacionais, com o fim de buscar a responsabilização de pessoa física ou jurídica do Estado pelas violações sofridas pelas vítimas.

---

2 Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/554554-baixa-representatividade-de-brasileiras-na-politica-se-reflete-na-camara/. Acesso em: 12 set. 2020.

3 No *ranking* de representatividade feminina no governo, o Brasil ocupa apenas a posição 149 em um total de 188 países. O governo de Jair Bolsonaro tem somente 9% de representatividade feminina, com apenas duas mulheres entre os 22 ministros. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/554554-baixa-representatividade-de-brasileiras-na-politica-se-reflete-na-camara/. Acesso em: 12 set. 2020.

4 Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-2019. Acesso em: 12 set. 2020.

5 Disponível em: https://noticias.r7.com/sao-paulo/pesquisa-revela-que-536-mulheres-foram-agredidas-por-hora-em-2018-26022019. Acesso em: 12 set. 2020.

Na jurisdição internacional, as ONGs, ao lado das redes internacionais de advocacia, acabaram por assumir certo protagonismo na proposição e no acompanhamento de demandas junto à instância da Comissão Interamericana, em sede de Sistema Interamericano de Direitos Humanos, contra o Brasil. Esse é o caso das peticionárias Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (Cejil) e Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), que denunciaram o Estado brasileiro pela prática de um conjunto de violações contra Maria da Penha Maia Fernandes (CASO 12.051/2001).

O presente estudo propõe-se a relacionar o *déficit* democrático, quanto à representatividade feminina, no Brasil, ao papel das ONGs "feministas", que, face aos limites da representação direta, colaboram para construção de uma "agenda política pública" consoante à proteção dos direitos da mulher e ao enfrentamento da violência. Esse artigo também objetiva identificar e descrever, desde a instância interamericana, a participação das ONGs na condução do Caso Maria da Penha (n. 12051/2001), enfatizando suas repercussões propositivas e positivas no que concerne ao cumprimento das normas internacionais de direitos humanos com reflexos para a jurisdição nacional.

Como se verá, a solução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso Maria da Penha (n. 12051/2001) repercute ainda hoje sobre a proteção dos direitos humanos individuais e sociais das mulheres brasileiras. Ela inaugura a mobilização social e feminina tanto em favor do enfrentamento político, social e cultural, como jurídico contra a violência doméstica no Brasil.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O ATIVISMO DAS ONGS NA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER

A democracia, talvez em razão de suas mutações históricas, mantém-se incessantemente questionada, justamente por estarmos todos implicados como sujeitos. Nas sociedades modernas, a

democracia relaciona-se aos atributos de poder, seja do ponto de vista sociológico, filosófico ou histórico.

Nesse contexto, importa ressaltar a perspectiva sociológica, porque associada à prática institucional tradicional. Segundo Chauí[6], o chamado "modelo democrático" contemporâneo é baseado na perspectiva schumpetereana para a qual: o critério democrático é definido pela relação entre Estado e economia oligopólica. Esse modelo apresenta como principais características: a democracia é um mecanismo para escolher e autorizar governos, desde grupos que competem pela governança, associados a partidos políticos e escolhidos pelo voto; a função dos votantes é tão somente escolher os governantes que 0podendo alcançar até a condição de uma "representação reformulada", em que espaços são reocupados por organizações da sociedade civil[7].

Nesse sentido, para Mariano[8]:

> A democracia participativa, entendida como participação ativa e autônoma dos sujeitos, é concebida como condição básica para a implantação de políticas públicas com a perspectiva de gênero. Isto porque a incorporação de gênero nas políticas públicas requer a participação das mulheres em seu planejamento e avaliação, uma vez que a defesa de interesses tem um significado de conscientização e de coletivo, que não podem ser definidos a priori pela burocracia.

6 CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. São Paulo: Ed. Cortez, 2011.

7 Idem, p. 15.

8 Segundo a teoria crítica feminista é necessário aperfeiçoar a democracia, já que o modelo democrático liberal foi estruturado com base na participação excludente: branca, burguesa e masculina. Ao mesmo tempo, a esfera pública é constituída formalmente por iguais, mas factualmente por desiguais, em que os mais vulneráveis não têm poder de participação. É urgente o aperfeiçoamento dos processos democráticos e participativos desde o ponto de vista do empoderamento das mulheres. MARIANO, Silvana Aparecida. **Política feminista e mudanças institucionais no Estado brasileiro**: canais participativos para implantação de políticas públicas na década de 1990. 2008. Disponível em: http://200.19.146.79/index.php/neguem/article/view/2141. Acesso em: 02 out. 2020. p. 355.

Nesse cenário, as Organizações Não-Governamentais, ao lado de outras instituições, como os partidos políticos e os movimentos sociais[9], vêm ocupando o espaço político participativo, afirmando a necessidade de incorporação de pautas de grupos socialmente inferiorizados e sub representados, como as demandas femininas, na agenda estatal. Um exemplo dessa participação ocorreu durante o processo que antecedeu à promulgação da Constituição Federal de 1988, que equiparou homens e mulheres, em igualdade de direitos e obrigações (art. 5, I):

> Na avaliação do movimento feminino, um momento destacado na defesa dos direitos humanos das mulheres foi a articulação desenvolvida ao longo do período pré-1988, visando à obtenção de conquistas no âmbito constitucional. Este processo culminou na elaboração da "Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes", que contemplava as principais reivindicações do movimento de mulheres, a partir de ampla discussão e debate nacional. Em razão da competente articulação do movimento durante os trabalhos constituintes, o resultado foi a incorporação de maioria significativa das reivindicações formuladas pelas mulheres no texto constitucional de 1988[10].

Relativamente à temática da violência contra a mulher, a principal forma de atuação das ONGs tem se dado por meio de estratégias de

9 Desde sua constituição, com maior expressão a partir dos anos 70, as organizações não-governamentais (ONGs) assumiram um claro papel articulador do lado dos movimentos sociais. Nas décadas seguintes, seriam os *movimentos sociais* os que lutariam contra a ditadura brasileira, contra os mecanismos de opressão e a exploração, eram os movimentos sociais que se organizariam em torno de interesses específicos, os que viriam a defender os direitos da mulher. Já as ONGs tinham como 'missão' contribuir para a melhor *organização* e *articulação* entre os movimentos sociais, além de *transferir* para estes os recursos captados de organismos estrangeiros. MONTAÑO, Carlos. **Terceiro Setor e Questão Social:** crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Editora Cortez, 2013. p. 271.

10 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 449.

comunicação, organizadas para sensibilizar a sociedade, impulsionar a ruptura com a cultura tradicional e patriarcal e fortalecer as políticas públicas específicas às mulheres[11].

A esse respeito, ressalta-se que as ONGs, ao ingressarem nos espaços públicos de participação institucional, o fazem, em grande parte, exercendo o que se pode chamar de "assistência de representação" de setores, grupos ou segmentos sociais vulneráveis.

Nesse sentido, conforme aduzem Marques e Pereira[12], essa representação se dá por "afinidade, por tema ou por grupo social, e, não por autorização", em que os representados nem sempre concedem, às ONGs, o poder e a capacidade postulatória. Assim, a atuação das ONGs em defesa de interesses das mulheres vítimas de violência doméstica, em regra, não foi atribuída pelas vítimas de violência, mas ocorre por uma "identificação de causa".

Essa prática advocatícia realizada pelo Terceiro Setor se dá tanto na jurisdição nacional, quanto nas jurisdições internacionais global e regional. No caso do sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, a participação das ONGs pode ocorrer em quatro momentos distintos: na elaboração, na execução e na fiscalização de tratados internacionais e, ainda, no processamento de denúncias referentes a violações perpetradas pelos Estados contra os direitos e garantias das vítimas assegurados pelos tratados[13].

Dentre as várias espécies de atuações da chamada a*dvocacy*, enfoca-se nesse estudo: "o processamento de denúncias por violações de direitos previstos em tratados internacionais de proteção aos direitos

11 AZEVEDO, Sandra Raquew dos Santos. **ONG's, democracia participativa e visibilidade na mídia.** 2007. Disponível em: http://www.bocc.ubi.pt/pag/azevedo-sandra-ongs-democracia-participativa.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

12 MARQUES, Marcelo de S.; PEREIRA, Pedro H. M. **Sociedade Civil e Participação:** a influência das Ongs na Democracia Brasileira. 2011. Disponível em: http://www.periodicos.ufes.br/?journal=snpgcs&page=article&op=view&path[]=1542. Acesso em: 03 dez. 2019.

13 FIGUEIREDO, Jéssica A.; LINS JÚNIOR, George Sarmento. **O papel do terceiro setor na construção da democracia brasileira**: a participação política em resposta à crise democrática na América latina. 2017. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8609. Acesso em: 03 dez. 2019.

humanos", com especial atenção ao procedimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos/1969[14]. A esse respeito:

> O artigo 44 do Pacto de São José da Costa Rica trata do papel fiscalizatório das organizações não governamentais, possibilitando a estas, e aos particulares, a denúncia de violações aos direitos humanos, cometidas pelos Estados Membros, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. É principalmente por meio deste artigo que as ONGs têm contribuído para desenvolver e fortalecer o trabalho do Sistema. Isso porque, ainda que os particulares possam apresentar petições à Comissão, a maior parte deles não possuem recursos técnicos e financeiros para dar entrada no processo e acompanhá-lo ao longo dos anos, além de temerem retaliação pessoal por parte do Estado denunciado[15].

De acordo com o dispositivo da Convenção Americana/1969, as ONGs conservam a garantia de acesso aos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos[16], ou seja, dispõe de capacidade postulatória em favor dos indivíduos contra violações perpetradas por seus próprios Estados[17].

---

14 Esse mecanismo, assim como os outros regimes regionais , possui uma característica particular que o diferencia do regime global de direitos humanos: a permeabilidade à atuação direta da sociedade civil nas denúncias. MAIA, Marielle; LIMA, Rodrigo. O ativismo de direitos humanos brasileiro nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1970-2015). **Revista Direito & Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1419-1454, 2017.

15 Idem, p. 554.

16 A inexistência dessa previsão procedimental poderia acarretar na inefetividade de direitos e na ineficácia do Sistema Interamericano, em face da impossibilidade material das vítimas em acessar os meios legais internacionais de proteção.

17 Artigo 44 "Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte".

Estudos recentes sobre o "ativismo em matéria de direitos humanos" perante o Sistema Interamericano de Proteção confirmam a crescente atuação das redes transnacionais de *advocacy*, geralmente especializadas em litígio estratégicos. As redes transnacionais de *advocacy* são "organizações caracterizadas por comunicação e trocas voluntárias, horizontais e recíprocas", em que ONGs domésticas e internacionais aparecem articuladas[18].

Com base no levantamento do Núcleo de Pesquisas e Estudos em Direitos Humanos do Instituto de Economia da Universidade Federal de Uberlândia (NUPEDHUFU), entre 1970 e 2015, foram 119 casos apresentados contra o Brasil, entre relatórios de admissibilidade, mérito, não admissibilidade ou arquivamento. Nesse universo, a identificação daqueles demandantes que obtiveram sucesso ao terem sua reclamação reconhecida pelo Sistema de Proteção de Direitos Humanos, em sede de Comissão Interamericana, é reveladora, quando se adota uma metodologia de cruzamento entre a análise da ação coletiva e a fundamentação jurídica com base na normativa internacional regional, ao se observar a permeabilidade da participação social em um processo que reconhece a ressignificação dos direitos humanos a partir da promoção dos interesses e valores dos litigantes[19].

Ao mesmo tempo, na ordem interna, ao dar visibilidade às soluções dos casos concretos nas instâncias internacionais, acabam por promover a inclusão desses comandos jurisdicionais na agenda política do Estado[20].

---

18 Não obstante o reconhecimento do papel das ONGs internacionais no acionamento e fortalecimento do Sistema, merece atenção o fato de, nos relatórios publicados pela CIDH sobre as denúncias contra o Brasil entre os anos de 1970 (ano do primeiro relatório emitido) e 2015, predominarem atores domésticos como peticionários. MAIA, Marielle; LIMA, Rodrigo. O ativismo de direitos humanos brasileiro nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1970-2015) **Revista Direito & Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1419-1454, 2017.

19 Ibidem.

20 MIALHE, Jorge Luis; JUSTINO, Leandra A. Z. **A judicialização dos direitos humanos na América Latina**: estudo sobre a participação das organizações não governamentais (ONGs) como *amici curiae* no Sistema Interamericano de Proteção aos

O CASO MARIA DA PENHA VS. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (CIDH, N. 12051/2001) E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A atuação do Sistema Interamericano, por meio das recomendações elaboradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou das decisões prolatadas pela Corte Interamericana, além de oferecer respostas diretas às vítimas das violações praticadas pelos Estados "[...] têm fixado parâmetros que, em maior ou menor grau, orientam algumas reformas jurídicas e políticas importantes nos países"[21].

Nessa conjuntura, o Caso Maria da Penha vs. República Federativa do Brasil (CIDH n. 12/051/2001) tem especial destaque, não apenas pelas recomendações emitidas contra o país, mas também pelos reflexos políticos decorrentes.

O caso se refere à violência sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes[22] por parte de seu então companheiro Marco Antonio Heredia Viveros, em 1983. Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio, a primeira por meio de tiros disparados contra ela enquanto dormia – que resultou em paraplegia dos membros inferiores; na segunda, alguns meses após a primeira, Maria da Penha foi eletrocutada[23].

A primeira tentativa de homicídio contra Maria da Penha foi precedida da solicitação de seu companheiro para que ela assinasse um seguro de vida em benefício do réu e o documento de venda do

Direitos Humanos. 2014. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/2013. Acesso em: 03 dez. 2019.

21 BASCH, Fernando *et. al.* **A eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos**: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. 2010. Disponível em: https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur12-port-fernando-basch.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019. p. 9.

22 O livro "Sobrevivi, posso contar" da editora Armazém da Cultura, é uma obra autobiográfica de Maria da Penha, no qual ela conta sua história.

23 Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

veículo do casal, sendo o crime encoberto pelo autor, que tentou simular uma tentativa de assalto à residência do casal. A segunda tentativa de homicídio foi levada a cabo pouco depois do retorno de Maria da Penha do hospital, antes que a polícia levantasse as suspeitas contra seu companheiro.

Marco Antonio Heredia Viveros é descrito como uma pessoa violenta, tendo agredido a companheira e as filhas do casal, situação que foi agravada após a descoberta de Maria da Penha de que ele possuía esposa e filho na Colômbia, tendo falsificado a certidão de nascimento para celebrar novo casamento no Brasil.

A morosidade e ausência de regramento jurídico específico[24] para inibição da violência doméstica e proteção às mulheres foram características marcantes na apuração e julgamento dos crimes contra Maria da Penha:

> Entre a prática de duas tentativas de homicídio e a prisão do agressor, Marco Antonio Heredia Viveros, transcorreram 19 anos e seis meses, por conta, principalmente, dos procedimentos legais

24 A esse respeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou: 1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável pela agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia; (...) 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte: a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais. e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. OEA. CIDH. **Relatório nº 54/01 – Caso 12.051** – Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. 04 abr. 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

> e instrumentos processuais brasileiros vigentes à época, que colaboraram demasiadamente para a morosidade do Poder Judiciário. Ou seja, Maria da Penha Maia Fernandes esperou mais de 19 anos para ver seu ex-marido e agressor iniciar o cumprimento da pena prevista no ordenamento jurídico penal brasileiro[25].

Diante desses fatos, o Caso Maria da Penha vs. República Federativa do Brasil (CIDH, n. 12051/2001), mobilizou grande interesse das organizações não governamentais, porque verificou-se inexistir lei específica destinada à proteção da mulher contra a violência doméstica, condição que beneficiaria não apenas a vítima, mas todas as mulheres[26].

Além disso, as organizações não governamentais diagnosticaram a presença de inúmeros casos semelhantes, envolvendo históricos de violência contra a mulher e concluíram pela ausência, quase que total, de políticas públicas apropriadas para coibir tais violações no país. Assim, constatou-se a oportunidade de "repercussão" nacional do Caso Maria da Penha e a potencialidade de provocar mudanças nas práticas sociais, mediadas por agendas políticas preventivas e reparadoras.

Dessa forma, o caso foi apresentado à Comissão Interamericana e recebido em 20 de agosto de 1998, sob o patrocínio do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (Cejil)[27] e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem)[28], organizações

25 ESPÍNDOLA, Caroline. **Dos Direitos Humanos das Mulheres à Efetividade da Lei Maria da Penha.** Curitiba: Appris, 2018. p. 113-114

26 MACHADO, Natália Paes Leme. **O papel das Organizações não Governamentais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos:** a influência dos atores internacionais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o uso do Litígio Estratégico. 2014. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8607/1/61200011.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

27 O CEJIL atua por meio de demandas junto à Comissão Interamericana e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, buscando reparação de danos e elaboração de políticas ou reformas jurídicas por violações aos direitos humanos (Cejil, 2020).

28 *"CLADEM es una red feminista que trabaja para contruiuir a la plena vigenciade los derechos de las mujeres en Latinoamerica y el Caribe, utilizando el derecho como una*

que atuaram em conjunto, fundamentando as alegações de violação praticadas pelo Estado brasileiro no descumprimento dos dispositivos das seguintes Convenções: art. 1 (Obrigação de respeitar os direitos)[29]; art. 8 (Garantias judiciais)[30]; art. 24 (Igualdade perante a lei)[31] e art.

herramienta de cambio. Goza de reconocimiento para participar en las actividades de la OEA desde el 2002". CLADEM. ***Nuestra Historia***. s.d. Disponível em: https://cladem.org/nosotras/#vision-mision. Acesso em: 12 out. 2020. n.p.

29 Art. 1. Obrigação de respeitar os direitos: 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San Jose, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 112 set. 2020. OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San Jose, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 112 set. 2020. n.p.

30 Art. 8. Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. Idem, n.p.

31 Art. 24. Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. Idem, n.p.

25 (Proteção judicial)[32] da Convenção Americana sobre Direitos Humanos/1969 (Pacto de São José da Costa Rica/1969), em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem /1948[33], bem como dos art. 3, art. 4, *a, b, c, d, e, f, g*, art. 5 e art. 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher/1994(Convenção de Belém do Pará/1994)[34].

32 Art. 25. Proteção judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San Jose, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 set. 2020. n.p.

33 Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra.

34 Artigo 3. Toda mulher tem direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.
Artigo 4. Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros: a. direito a que se respeite sua vida; b. direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral; c. direito à liberdade e à segurança pessoais; d. direito a não ser submetida a tortura; e. direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família; f. direito a igual proteção perante a lei e da lei; g. direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos; h. direito de livre associação; i. direito à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e j. direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões.
Artigo 5 toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Os Estados Partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.
Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as

Uma vez analisado pela Comissão e constatado que a denúncia cumpria os requisitos específicos para sua admissibilidade e processamento, deu-se início à tramitação perante o órgão, tendo as ONGs atuado em duas frentes: "[...] o Cejil era o responsável pelo litígio internacional, quem possuía o *knowhow* de apresentação do caso junto à OEA. E o Cladem, efetuava o trabalho de campo doméstico". Como parte da estratégia das ONGs, concomitante à tramitação junto à Comissão Interamericana, Maria da Penha percorria o país relatando o seu caso de violência e informando sobre medidas de enfrentamento em andamento[35].

Após a regular tramitação, a Comissão Interamericana publicou o Relatório nº 54/2001, com as seguintes recomendações transmitidas ao Estado brasileiro:

---

autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção. OEA. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará"**. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm. Acesso em: 112 set. 2020. n.p.

35 Posteriormente ao resultado das recomendações da CIDH, Maria da Penha continuou percorrendo o país, mas agora para promover a Lei Federal em vigor e as políticas públicas instituídas pelo Brasil, decorrentes do cumprimento dos dispositivos emitidos pela Comissão. MACHADO, Natália Paes Leme. **O papel das Organizações não Governamentais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos:** a influência dos atores internacionais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o uso do Litígio Estratégico. 2014. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8607/1/61200011.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

> a) resolver, de forma rápida e efetiva, o processo penal relativo à tentativa de homicídio sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes;
> b) realizar uma investigação imparcial, visando determinar a responsabilidade nas irregularidades e nos atrasos injustificados que impediram o julgamento rápido e responsável, aplicando as medidas administrativas, legislativas e judiciárias necessárias;
> c) adotar, sem prejuízo de um eventual processo civil movido por Maria da Penha contra o autor da violência, as medidas necessárias para que o Estado brasileiro conceda à vítima uma compensação adequada, dado o seu fracasso em proporcionar uma justiça rápida e eficaz;
> d) prosseguir e intensificar o processo de reforma na legislação interna, de forma a finalizar apologia do Estado brasileiro à violência doméstica contra as mulheres e a discriminação no tratamento delas (OEA; CIDH, 2001, grifo nosso).

Além dessas medidas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou no Relatório nº 54/2001, em particular:

> a) treinamentos e aumento da sensibilização dos funcionários judiciais e dos policiais especializados em casos de violência doméstica, para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica contra a mulher;
> b) simplificação dos procedimentos judiciais penais, a fim de que o tempo necessário para os processos pudessem ser reduzidos sem afetar os direitos e as garantias referentes ao devido processo legal;
> c) criação de mecanismos que pudessem servir de alternativas à defesa judicial, que possam resolver um conflito doméstico de forma rápida e eficaz, criando nas pessoas a consciência sobre a gravidade

> da violência doméstica e as consequências penais desses atos;
> d) aumento do número de delegacias especializadas em tratar dos direitos das mulheres e fornecimento dos recursos especiais necessários para a efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias relacionadas à violência doméstica contra a mulher, além de recursos e assistência do Ministério Público na elaboração de seus relatórios judiciais;
> e) inclusão, no ensino, de unidades curriculares destinadas a proporcionar uma melhor compreensão da importância do respeito à mulher e aos seus direitos, reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como o manejo dos conflitos intrafamiliares;
> f) prestação de informações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no prazo de 60 dias, e apresentação de relatório sobre as medidas tomadas, para implementar as recomendações, conforme o artigo 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos (grifo nosso). [36]

A Comissão recomenda ao Estado que reveja seu ordenamento jurídico, assegurando proteção especial para a questão da violência doméstica contra mulheres e, ainda, recomenda a "construção de políticas para efetivação dessas medidas de proteção", inclusive, quanto à necessidade de "políticas de educação" que auxiliem na mudança cultural da sociedade em relação à discriminação de gênero e violência doméstica.

> Pela primeira vez, foi aplicada em uma sentença a Convenção de Belém do Pará, e responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, estabelecendo recomendações não só a

36 OEA. CIDH. **Relatório nº 54/01 – Caso 12.051** – Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. 04 abr. 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

> título individual, de reparação em relação à violência sofrida por Maria da Penha, mas também a título coletivo, referentes à adoção de medidas legislativas e de políticas públicas para enfrentar a problemática no país[37].

Nesse sentido, não restam dúvidas sobre o papel mobilizador e articulador da rede transnacional de *advocacy*, formada pelas organizações não governamentais[38], no que diz respeito ao alcance de resultados concretos:

> Nesse contexto, no início de 2004, deu-se início ao projeto de lei versando sobre mecanismos de combate e prevenção à violência doméstica contra as mulheres (Decreto nº 5.030, de 31 de março de 2004), articulação fruto de um intenso trabalho, iniciado em 2002, por um Consórcio de ONGs formado pela CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Assessoria, AGENDE – Ações, gênero, cidadania e desenvolvimento, ADVOCACI – defesa de direitos, CLADEM – Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, IPÊ – Instituto

37 MACHADO, Natália Paes Leme. **O papel das Organizações não Governamentais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos:** a influência dos atores internacionais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o uso do Litígio Estratégico. 2014. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8607/1/61200011.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

38 O caso Maria da Penha evidencia a participação das ONGs na revisão/adoção de instrumentos jurídicos e políticas públicas direcionadas à proteção aos direitos das mulheres no Brasil: a atuação das organizações não-governamentais na Comissão Interamericana em defesa da proteção dos direitos da mulher e no enfrentamento contra a violência; a representação nos autos do processo, contraditório e ampla defesa, trazendo informações e relatórios que auxiliassem na tomada de decisão das recomendações pela Comissão; o monitoramento das medidas recomendadas pela Comissão; a fiscalização das recomendações e a mobilização parlamentar na aprovação de lei específica sobre violência doméstica (Lei 11.340/2006); a mobilização em torno de uma agenda política em favor dos direitos de proteção à mulher e contrária à violência doméstica, incluindo uma agenda política, voltada à educação (inclusão de disciplinas sobre mulheres nas grades curriculares), saúde (campanhas de sensibilização sobre violência e, ainda, cuidados especializados às mulheres), segurança (patrulha Maria da Penha, criação de Juizados Especializados), entre outros.

> para a Promoção da Equidade, THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, assim como tantas outras feministas advogadas e operadoras do direito [...].
>
> Durante toda a tramitação desse projeto foram realizadas audiências públicas, consultas, convenções, seminários, fóruns de debates, com ampla participação da sociedade civil, a partir de encontros em todas as unidades da federação, resultando no Projeto de Lei nº 4.559/2004, o qual foi encaminhado à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República.[39].

A Lei Maria da Penha Lei nº 11.340/2006 foi um dos principais resultados da atuação participativa e mobilização social em torno do cumprimento das medidas de recomendação da Comissão Interamericana. Essa Lei tornou-se referência internacional, sendo reconhecida "pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas (Unifem) para a Mulher, em 2008, como sendo uma das três legislações mais avançadas no mundo sobre questão da violência de gênero"[40]. Sua importância para o cenário nacional não é menor:

> Também no ordenamento jurídico nacional, a Lei Maria da Penha representa o rompimento do paradigma de tolerância à violência doméstica que sempre prevaleceu no país, contemplando um sistema multidisciplinar integrado de proteção da mulher em situação de violência, bem como de seus dependentes. O legislador define a discriminação e a violência de gênero como forma de violação aos

39 CHAKIAN, Silvia. **A construção dos Direitos das Mulheres:** histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

40 Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), art. 5º: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Art. 6º: "A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação aos direitos humanos" (Idem, p. 47).

> direitos humanos, o que legitima ainda mais o Estado brasileiro a coibir, reprimir e prevenir sua prática, quer tenha sido praticada na esfera pública, quer tenha ocorrido na esfera privada.[41].

Além dessas disposições, a Lei Maria da Penha impulsionou o desenvolvimento de um sistema de proteção à mulher, "campanhas de informação e assistência, bem como a visibilidade da desigualdade de gênero no país"[42].

Dentre as campanhas de informação e assistência à mulher podem ser citadas: a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher[43], que tem como um de seus objetivos "promover a melhoria das condições de vida e de saúde das mulheres brasileiras, mediante a garantia de direitos legalmente constituídos e ampliação do acesso aos meios e serviços de promoção, prevenção, assistência e recuperação da saúde"; os Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres[44], que

41 Idem, p. 163.

42 SALZ, Alice Costa Lima; CAMINHA, Ana Carolina de Azevedo; BOLDT, Marilha. Maria da Penha Maia Fernandes VS. Brasil: Omissão e Tolerância Estatal no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar. *In.*: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Claudio Martins de (Org.). **Direitos Humanos na prática interamericana:** o Brasil nos casos da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 29.

43 A título de exemplo, pode ser citado: 1. A atenção integral à saúde da mulher implica, para os prestadores de serviço, no estabelecimento de relações com pessoas singulares, seja por razões econômicas, culturais, religiosas, raciais, de diferentes orientações sexuais, etc. O atendimento deverá nortear-se pelo respeito a todas as diferenças, sem discriminação de qualquer espécie e sem imposição de valores e crenças pessoais. Esse enfoque deverá ser incorporado aos processos de sensibilização e capacitação para humanização das práticas em saúde (Brasil, 2004, p. 64).

44 Podemos citar: "No que se refere ao combate à violência contra as mulheres, as ações desenvolvidas incluem o estabelecimento e o cumprimento de normas penais que garantam a punição e a responsabilização dos agressores/autores de violência, bem como a implementação da Lei Maria da Penha, em especial nos seus aspectos processuais penais e no que tange à criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. No âmbito preventivo, encontram-se ações que desconstruam os mitos e estereótipos de gênero e que modifiquem os padrões sexistas, perpetuadores das desigualdades de poder entre homens e mulheres e da violência contra as mulheres. A prevenção inclui não somente ações educativas, mas também culturais que disseminem atitudes igualitárias e valores éticos que colaborem para a valorização da paz e para o irrestrito respeito às diversidades de gênero, raça/

apresentam disposições e medidas a serem adotadas pela União, Estados e Municípios em matérias de trabalho, economia, igualdade de gênero, educação, saúde, enfrentamento à violência, participação nos espaços de poder e decisão, desenvolvimento sustentável, direito à moradia, cultura, entre outras medidas.

Por fim, resta clara a constatação de que, para além da mobilização político partidária e dos movimentos sociais, também as ONGs têm ocupado os espaços participativos da democracia, atuando perante organismos internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, e alcançando resultados práticos tanto no universo das garantias sociais, quanto no campo da garantia dos direitos da mulher, seja na implementação de políticas públicas de enfrentamento à desigualdade e violência de gênero, seja por meio da promulgação de uma legislação específica e revisão de todo o aparato normativo e judicial nacional.

Especificamente no âmbito da jurisdição internacional regional, Cejil e Cladem representaram os interesses individuais, vislumbrando reflexos sociais, condições confirmadas com a determinação das recomendações da Comissão Interamericanas de responsabilização internacional contra o Estado brasileiro pelas violações praticadas contra Maria da Penha.

CONCLUSÃO

Embora não seja fácil definir a democracia, em suma, os conceitos a ela atribuídos coincidem quanto à importância dada à centralidade do poder do povo na condução dos debates e eleição das temáticas que figurarão nas pautas do processo decisório.

A esse respeito foram elaboradas inúmeras teorias que visaram à definição da democracia e, ainda, à sua classificação, tendo

---

etnia, geração, orientação sexual, entre outras". BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.** 2008. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/planonacional_politicamulheres.pdf. Acesso em: 12 out. 2020. P. 98.

sido apresentados no presente estudo o conceito de democracia participativa, enquanto forma de democracia em que há a efetiva participação da sociedade no processo de tomada de decisão, sendo essa uma nova roupagem da democracia representativa e apresentando, no contexto brasileiro, tanto elementos da democracia direta quanto da democracia indireta.

Sendo as Organizações Não-Governamentais introduzidas à discussão enquanto entidades que assumem um protagonismo na sociedade, na medida em que, atuam como uma das frentes de ação do chamado Terceiro Setor, elas podem atuar tanto na confrontação direta do Estado quanto em conformação com os mecanismos de participação social por ele apresentados.

Dessa forma, ao ingressarem nos espaços de participação institucionais do Estado (ou não), próprios da democracia participativa, as ONGs o fazem, em grande parte, exercendo o que se pode chamar de representação dos setores, grupos ou segmentos a quem assistem.

Em seus meios de atuação, as ONGs podem atuar junto ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, o qual tem como órgãos de controle a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos, em quatro momentos distintos: na elaboração, execução e fiscalização de tratados internacionais e, ainda, no processamento de denúncias referentes à violações perpetradas pelos Estados contra os direitos e garantias assegurados pelos tratados que formam o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Nesse sentido, no que diz respeito ao quarto momento de atuação das ONGs no sistema interamericano, objeto do presente estudo, a importância dessa atuação se revela na medida em que as ONGs promovem a garantia do acesso aos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, assegurando aos indivíduos o a cesso aos instrumentos de proteção contra violações perpetradas por seus próprios Estados, os quais não seriam acessados, devido à questões de ordem técnica (conhecimento sobre o funcionamento do sistema) e material (custo monetário para acesso ao sistema).

Sendo assim, restou demonstrado que o exercício da democracia participativa por meio das ONGs se dá a partir do momento em que elas se utilizam de espaços democráticos existentes e disponibilizados pelos próprios sistemas (interno e/ou internacional) para levar ao debate temas de interesse da sociedade, em particular, de grupos minoritários, pois, é por meio das redes de advocacia em direitos humanos que as ONGs dão transparência e publicidade aos casos levados aos sistemas de direitos humanos, fazendo com que decisões ou recomendações oriundas de casos individuais gerem consequências para toda a sociedade, e, ainda, trazendo as questões de violações aos direitos humanos, em especial, de direitos humanos de grupos minoritários, para o centro do debate político do país, tal qual ocorreu com as recomendações elaboradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o Estado brasileiro, as quais culminaram em modificações legislativas e na formulação de políticas públicas de alcance nacional, concernentes às importantes alterações legislativas e políticas promovidas a partir do Caso Maria da Penha.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Sandra Raquew dos Santos. **Ong's, democracia participativa e visibilidade na mídia.** 2007. Disponível em: http://www.bocc.ubi.pt/pag/azevedo-sandra-ongs-democracia-participativa.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

BASCH, Fernando *et al.* **A eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos**: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. 2010. Disponível em: https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur12-port-fernando-basch.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher:** princípios e diretrizes. 2004. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.** 2008. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/planonacional_politicamulheres.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

CEJIL. **O que nós fazemos.** s.d. Disponível em: https://cejil.org/en/what-we-do. Acesso em: 10 out. 2020.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos Direitos das Mulheres:** histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. São Paulo, Ed. Cortez, 2011.

CLADEM. **Nuestra Historia.** s.d. Disponível em: https://cladem.org/nosotras/#vision-mision. Acesso em: 12 out. 2020.

ESPÍNDOLA, Caroline. **Dos Direitos Humanos das Mulheres à Efetividade da Lei Maria da Penha.** Curitiba: Appris, 2018.

FIGUEIREDO, Jéssica A.; LINS JÚNIOR, George Sarmento. **O papel do terceiro setor na construção da democracia brasileira**: a participação política em resposta à crise democrática na América latina. 2017. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8609. Acesso em: 03 dez. 2019.

FRANCO, Luiza. **Violência contra a mulher**: novos dados mostram que não há lugar seguro no Brasil.. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47365503. Acesso em: 12 out. 2020.

GOMES, Eduardo B.; MARQUES, Simone dos R. B**. A Democracia no Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos:** a importância da cláusula democrática da Organização dos Estados Americanos. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.03.05.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

MACHADO, Natália Paes Leme. **O papel das Organizações não Governamentais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos:** a influência dos atores internacionais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o uso do Litígio Estratégico. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8607/1/61200011.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

MAIA, Marielle; LIMA, Rodrigo. O ativismo de direitos humanos brasileiro nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1970-2015). **Revista Direito & Práxis,** v. 8, n. 2, p. 1419-1454, 2017.

MARIANO, Silvana Aparecida. Política feminista e mudanças institucionais no Estado brasileiro: canais participativos para implantação de políticas públicas na década de 1990. **Caderno Espaço Feminino,** v. 20, n. 02, ago./dez. 2008. Disponível em: http://200.19.146.79/index.php/neguem/article/view/2141. Acesso em: 02 out. 2020.

MARQUES, Marcelo de S.; PEREIRA, Pedro H. M. **Sociedade Civil e Participação: a influência das Ongs na Democracia Brasileira**. 2011. Disponível em: http://www.periodicos.ufes.br/?journal=snpgcs&page=article&op=view&path[]=1542. Acesso em: 03 dez. 2019.

MELLO, Celso A. B. de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. 2001. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/353/r137-24.pdf?sequence=4. Acesso em: 03 dez. 2019.

MIALHE, Jorge Luis; JUSTINO, Leandra A. Z. **A judicialização dos direitos humanos na América Latina**: estudo sobre a participação das organizações não governamentais (ONGs) como *amicicuriae*no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. 2014. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/2013. Acesso em: 03 dez. 2019.

MIGUEL, Luis Felipe. **Resgatar a participação**: democracia participativa e representação política no debate contemporâneo. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ln/n100/1807-0175-ln-100-00083.pdf. Acesso em: 02 out. 2020.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro Setor e Questão Social:** crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Editora Cortez, 2013.

OEA. CIDH. **Relatório nº 54/01 – Caso 12.051 –** Maria da Penha Maia Fernandes vs. 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San Jose, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 112 set. 2020.

OEA. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará".** Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm. Acesso em: 112 set. 2020.

OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODRIGUES, Thiago de F. **A atuação das organizações não governamentais na Corte Interamericana de Direitos Humanos.** 2012. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/3996. Acesso em: 03 dez. 2019.

SALZ, Alice Costa Lima; CAMINHA, Ana Carolina de Azevedo; BOLDT, Marilha. Maria da Penha Maia Fernandes *VS.* Brasil (1997): Omissão e

Tolerância Estatal no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar. *In*: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Claudio Martins de (Org.). **Direitos Humanos na prática interamericana –** o Brasil nos casos da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 27-34.

TAVARES, Mariana S**. A Democracia Participativa e a Atuação do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher:** a promoção do Plano Municipal de Políticas Públicas para Mulheres no Município de Pelotas no período de 2015-2017. 2017. Disponível em: https://wp.ufpel.edu.br/ppgcienciapolitica/files/2018/03/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Mariana-Schardosim.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

VITULLO, Gabriel E. **As outras teorias da democracia:** participacionismo, deliberacionismo e republicanismo cívico. Natal, RN: EDUFRN, 2012.

2. A IMPORTÂNCIA DOS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PARA A FORMAÇÃO DAS DECISÕES: ENTRE PRÉ-COMPREENSÃO E ARGUMENTAÇÃO RACIONAL

Andreas J. Krell[1]

INTRODUÇÃO: O REDUZIDO INTERESSE DA DOUTRINA BRASILEIRA PELOS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Pretende-se demonstrar neste capítulo que os tradicionais métodos de interpretação jurídica (literal, sistemático, histórico e teleológico) continuam sendo imprescindíveis pontos de referência na aplicação diária do Direito (Civil, Penal, Administrativo, etc.), inclusive o Constitucional. Entretanto, enfatize-se, desde o início, que não se ignoram aqui os inúmeros vícios e abusos de uma interpretação jurídica fixada apenas nos seus métodos tradicionais, aos quais já se atribuiu no passado uma pretensa exatidão científica que nunca tiveram e jamais terão. Na verdade, os referidos quatro cânones não representam "métodos" próprios, senão apenas regras, diretivas, técnicas, meios, critérios, argumentos, princípios ou elementos metódicos para a correta interpretação e aplicação das normas jurídicas[2].

No Brasil, a hermenêutica jurídica possui traços peculiares. Durante o governo militar, o estudo do Direito nas faculdades e a produção acadêmica em geral foram marcadamente positivistas e técnico-formais. Após o fim do regime autoritário, tentou-se resgatar a dimensão filosófica do Direito, enfatizando-se os seus aspectos

1 O texto do artigo foi publicado, na sua primeira versão, sob o título *Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica*, na *Revista GV-Direito*, São Paulo, n. 13, p. 101-131, jun./dez. 2014. Todas as referidas passagens de publicações em idioma alemão foram traduzidas pelo autor.

2 VELASCO, Rogelio L.; GUTIÉRREZ, Lucila C. **Las diretivas de interpretación jurídica**. México: Fontamara, 2011. p. 32.

linguísticos, sociológicos, políticos, antropológicos, etc. Até hoje, muitos autores parecem estar inspirados pela reação contra uma interpretação meramente "dogmática" e "formalista" do fenômeno jurídico[3].

Ao mesmo tempo, a Teoria do Direito de outros países está passando por uma reabilitação dos cânones clássicos, reconhecendo-se a sua importância e utilidade para construir uma tradição e racionalidade própria no âmbito da decisão jurídica. Assim, há quem fale "do fracasso e da reanimação da metódica jurídica no dia a dia do Direito"[4]. Esta tendência é especialmente forte na doutrina jurídica contemporânea da Alemanha, que forma a base teórica de referência deste artigo.

Poucos livros brasileiros de introdução ao Direito atribuem ao tema da interpretação jurídica e de sua metodologia um espaço que corresponda à sua importância prática. Entre os poucos autores que aprofundam a questão da hermenêutica e interpretação jurídica, há alguns que reservam aos elementos metódicos tradicionais um espaço considerável[5], fazem referência indireta aos cânones, reproduzindo trechos de decisões judiciais sobre a temática[6] ou tratam dos critérios metódicos clássicos no contexto da argumentação jurídica[7].

Na área do Direito Tributário, Torres[8] forneceu uma profunda análise de positivação, conteúdo e alcance dos métodos clássicos para a interpretação das normas. Já a famosa obra de Maximiliano (1873-1960) sobre Hermenêutica e aplicação do Direito (2021), certamente

3 MADEIRA FILHO, Wilson. O hermeneuta e o demiurgo: presença da alquimia no histórico da interpretação jurídica. *In:* BOUCAULT, C.; RODRIGUEZ, J. (org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50.

4 Título n. 32 da tradicional revista justeórica alemã ***Rechtstheorie***.

5 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003. p. 286.

6 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 283.

7 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, p. 157-180, mar. 2001.

8 TORRES, Ricardo Lôbo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. Rio: Renovar, 2006.

o livro brasileiro tradicional mais completo sobre o assunto, não trata dos métodos clássicos de forma organizada, tecendo apenas observações isoladas.

Outros os questionam fortemente[9] ou até rechaçam categoricamente[10] a utilidade dos cânones de interpretação para a aplicação coerente das normas jurídicas na contemporaneidade. Até hoje, os métodos são considerados por muitos uma mera "fachada" ou um "álibi teórico"[11], servindo apenas para esconder os verdadeiros motivos (ideológicos) da decisão. Na área do Direito Constitucional brasileiro, várias obras mal mencionam ou até negam a utilidade dos métodos clássicos para a exegese da Lei Maior (ex.: Mendes *et al.,* 2008, p. 100-101.), havendo poucos autores que reconhecem a sua importância para a construção de uma decisão correta (exemplos são: Souza Neto; Sarmento, 2024; Barroso, 2025; Silva, 2021, p. 55-57).

O desenvolvimento contínuo da interpretação jurídica na base de seus critérios metódicos tradicionais representa uma tarefa muito mais difícil do que a pretensiosa recusa total deles. Não faltam programas e projetos científicos abstratos e sofisticados referentes à metodologia do Direito, cujas formulações concretas deixam muitas dúvidas sobre a sua utilidade para o trabalho prático da aplicação das normas. Para as teorias céticas mais radicais, a atividade do intérprete/aplicador do Direito é genuinamente criativa e subjetiva, tendo por base as suas inclinações ideológicas, vivências psicológicas e, sobretudo, a sua vontade, o que lhe permite atribuir aos dispositivos quase qualquer significado.

No entanto, assiste razão a Ávila[12] quando adverte que não conseguem dar conta da complexidade do tema as "soluções simplistas,

9 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009. p.43

10 STRECK, Lenio. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 136-137.

11 WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao Direito – I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1994. p. 88.

12 ÁVILA, Humberto. Ciência do Direito Tributário e discussão crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 32, p. 159-197, p. 183, 2014.

que apelem a um fundamento geral explicativo de toda a atividade interpretativa", sem indicar critérios intersubjetivamente controláveis e limites operacionais para a interpretação. Por isso, não satisfazem "tanto o mero apelo ao plano pragmático da interpretação quanto a simples defesa de que o Direito é linguagem, integridade ou objeto cultural", visto que essas concepções "terminam por abrir as portas para o voluntarismo e a arbitrariedade".[13]

A postura cética e extremamente crítica em relação aos métodos clássicos de interpretação, que até hoje domina os debates acadêmico-doutrinários no Brasil (hermenêutico-filosóficos, kelsenianos, realistas, analíticos da linguagem, estudos críticos neomarxistas, entre outros), dificilmente tem atingido os operadores das profissões jurídicas do país, os quais, em geral, acreditam de maneira pragmática que as regras metódicas tradicionais "funcionam adequadamente para 'demonstrar' a verdade de posturas ou teses de direito"[14].

A falta de atenção doutrinária aos elementos metódicos jurídicos também está ligada ao fato de que, no Brasil, muitos professores e estudantes desdenham dos métodos tradicionais de interpretação, havendo "uma resistência, ou mesmo aversão, a método, a modelos, a padrões, a uma forma estruturada de apresentar o seu pensamento". O método, contudo, não restringe a criatividade do intérprete/aplicador do Direito, mas sugere uma "organização do pensamento e da comunicação na solução do caso", direcionando as abordagens das questões mais problemáticas. Assim, a técnica metódica propulsiona

13 Neste contexto, deve ser evitado, portanto, "o uso de termos ou expressões vagos que criam a impressão de ação, dinamismo ou vitalidade, mas que são despidas de conteúdo", bem como "o emprego de palavras obscuras, técnicas ou complexas com a finalidade de inflar o conteúdo de um argumento, criando a aparência de que ele é perspicaz e profundo, quando, na realidade, é obscuro e incoerente" (Ávila, 2014, p. 183).

14 MEDINA, Diego Lopes. Hermenêutica e linguagem na teoria do direito. *In.:* MACEDO JÚNIOR, R.; BARBIERI, C. H. (org.). **Direito e interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165.

"ideias, questões e discussões materiais que os juristas possivelmente não teriam sequer cogitado se estivessem argumentando livremente"[15].

A referida atitude e a orientação exageradamente crítica em relação aos métodos jurídicos clássicos levam a um estado permanente de esquizofrenia metodológica daqueles profissionais do Direito que também estão ligados à academia: em sala de aula, eles aceitam ou até defendem (como professores ou alunos de pós-graduação) a impossibilidade da estruturação racional e/ou metódica do processo da interpretação jurídica; já no exercício prático de sua profissão, confiam no uso dos elementos metódicos tradicionais, empregando-os para solucionar os problemas que surgem nos casos concretos.

Essa crítica não ignora que os métodos da aplicação do Direito empregados na prática forense e administrativa não correspondem aos métodos do trabalho jurídico-científico, que devem nortear a elaboração de textos acadêmicos. Ainda que seja desejável que a prática jurídica siga uma orientação científica, a sua finalidade não é concentrada na reflexão e no conhecimento em si, mas na produção de decisões para solucionar problemas concretos, os quais, por sua vez, devem processar dados normativos e empíricos. Já a ciência do Direito cumpre tarefas como a sistematização de institutos jurídicos, a comparação crítica entre diferentes ofertas de solução, a análise das consequências de normas e decisões ou a reflexão sobre concepções teóricas de fundamentação[16].

Em relação ao levantamento de doutrina e jurisprudência do Direito Comparado sobre a função dos métodos jurídicos, adere-se à linha funcionalista, que aposta na aproximação entre diferentes ordenamentos jurídicos, buscando as similitudes entre eles, sem desconsiderar as diferenças. As semelhanças funcionais entre os sistemas jurídicos brasileiro e alemão, a princípio, permitem a

15 DIAS, Daniel. **Metodologia de resolução de casos jurídicos**. São Paulo: RT, 2023. p. 130.

16 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft. *In.*: SCHMIDT-ASSMANN, E.; HOFFMANN-RIEM, W. (eds.). **Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Baden-Baden**: Nomos, 200., p. 19.

comparação crítica entre eles, não havendo incomensurabilidade entre os problemas ligados à interpretação/aplicação de normas por operadores destes países; não obstante, é imprescindível que seja efetuada a devida contextualização dos conceitos e doutrinas semelhantes[17].

DIRETIVAS CONSTITUCIONAIS PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A SUA METÓDICA

A ciência do Direito é eminentemente pragmática e orientada a decisões práticas[18], o que torna imprescindível que ela mantenha sempre estreito contato com a realidade social. Na visão pragmática, há uma ligação direta entre o conhecimento científico e o seu fim: não é decisiva a dedução correta a partir de fundamentos seguros, porém a comprovação da utilidade na prática[19].

No século XIX, o método científico era visto como um tipo de catalisador que purificava o objeto Direito, jogando "a luz da racionalidade no escuro da falta de lógica e da contradição"[20]. O intérprete saía de cena e tornava-se mera ferramenta, como se ele atuasse no interesse do próprio método, que sozinho garantiria a isenção valorativa da ciência. Nos países europeus do civil *law*, essa forma de controle das tendências interpretativas mediante a objetivação dos métodos, transformadas em "regras de arte escolarizadas" para produzir decisões jurídicas, também contribuiu

17 MICHAELS, Ralf. The functional method of Comparative Law. *In.:* REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 339-382.

18 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980. p. 68-69.87-88.

19 CATÃO, Adrualdo. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007. p. 23.

20 SCHILD, Wolfgang. Juristische Methode als Mittel der politischen Macht. *In.*: HORN, N. (ed.). **Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70**. Geburtstag – Band I. München: C. H. Beck, 1982. p. 415.

bastante para assegurar a liberdade dos juízes em relação às instâncias políticas[21].

Diferentemente de um livro, de uma composição musical ou de uma peça de teatro, a interpretação de um texto jurídico pretende gerar obrigatoriedade, o que restringe as práticas interpretativas nesse âmbito. Na interpretação do Direito não "vale qualquer coisa" (*anything goes*); leituras completamente subjetivas, surpreendentes e alternativas, que na literatura ou música são capazes de despertar elogios, no Direito devem ser evitadas para preservar a previsibilidade das decisões e a segurança das expectativas envolvidas. Ao contrário da interpretação de obras de arte, filmes, livros, etc., a jurídica acontece num ambiente institucional especializado.

A aplicação de normas jurídicas não visa apenas pôr um fim aos conflitos e litígios entre partes, mas pretende produzir decisões corretas e justas, uma vez que a sociedade espera da ordem jurídica e das suas instituições tal prestação. Essa expectativa social de correição normativa influencia o aplicador do Direito, especialmente no que diz respeito à apresentação de sua decisão, que deve gerar aceitação e convencimento a respeito de sua correição e justeza.

É sabido que o emprego das quatro diretivas metódicas clássicas na interpretação do Direito não garante um resultado correto ou "verdadeiro". Neste ponto, assiste razão a Kelsen[22] (1962, p. 290) quando alega que "todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correcto". Qualquer análise científica que indague sobre os motivos pela tomada de uma decisão jurídica deve investigar também as outras etapas para a formação do juízo. No entanto, a prática diária da aplicação do Direito pela Administração Pública e pelos tribunais exige uma fundamentação

21 ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung**. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis. Frankfurt a.M.: Athenäum Fischer, 1972. p. 123.

22 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito** – Vol. II. Coimbra: Arménio Amado, 1962. p. 290.

objetiva e socialmente aceita das decisões, que mantenha a retórica da vinculação estrita entre o texto da lei e o resultado de sua aplicação pelo agente público, ainda que esse vínculo, no fundo, seja uma ficção.

A metódica[23] jurídica deve ser analisada também a partir de uma reflexão sobre a produção das decisões do poder público, com base nas normas jurídicas vigentes, que corresponda às exigências do Estado Democrático de Direito: a vinculação dos agentes estatais é integrante imprescindível da estrutura de legitimação deste. Toda atividade estatal fica sujeita à lei, expressão da vontade geral e materializada em atos formalmente criados pelos órgãos da representação popular[24]. A Constituição brasileira de 1988, além de consagrar a separação dos poderes estatais, fixa este princípio fundamental no seu art. 5º, II, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Nesse sentido, não é exagero afirmar que "questões metodológicas são questões constitucionais"[25].

A vinculação legal dos agentes públicos somente pode ser estabelecida racionalmente através de uma metódica que garanta que casos iguais sejam tratados de maneira igual, isto é, que seja sempre mantida a "isonomia na aplicação do Direito"[26]. A afirmação apodítica "todo caso é diferente" não faz muito sentido, visto que são as próprias regras jurídicas que determinam quais aspectos de cada "caso real único" são relevantes para a decisão[27]. Os órgãos públicos que aplicam

23 O uso do termo *metódica* é intencional, já que este não corresponde ao significado da palavra *metodologia*, que "é a doutrina sobre os métodos, isto é, a visão que se tem desses caminhos e as tentativas de controlá-los". Diferentemente, a "metódica é o estudo da relação entre esses métodos e essas metodologias, para compreendê-los" (Adeodato, 2009, p. 38).

24 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 419.

25 RÜTHERS, Bernd**. Rechtstheorie**: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. München: C. H. Beck, 1999. p. 397.

26 RÖHL, Klaus F.; RÖHL, Hans C. **Allgemeine Rechtslehre**. Köln/München: Carl Heymanns, 2008. p. 604.

27 NEUMANN, Ulfrid. Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation. *In.*: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (eds.). **Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 244.

as normas democraticamente postas estão vinculados ao conteúdo destas, o qual devem reproduzir na maior medida possível. Para tanto, deve ser possível recapitular o caminho mental que levou o julgador à decisão concreta, para que outros possam andar na mesma senda (methodos = "caminho de ir atrás").

Através do método, pretende-se reduzir a subjetividade do intérprete e "direcionar o seu agir para caminhos previsíveis"[28]. A fim de garantir o autocontrole do intérprete e a segurança jurídica, as etapas da aplicação das normas jurídicas devem ser reveladas para assegurar uma relação sindicável de dedução entre as normas abstratas promulgadas pelo Legislativo e as inferências concretas do Judiciário. Por isso, o próprio desenvolvimento dos métodos pode ser entendido como uma discussão permanente sobre o tamanho adequado dos espaços de avaliação a serem concedidos aos aplicadores do Direito[29].

As características, os limites, a capacidade de fundamentação e o contexto material destes métodos jurídicos não dependem do critério individual de cada intérprete. De forma diferente da hermenêutica das disciplinas não normativas, a metodologia jurídica não pode ser reduzida a questões da linguagem, comunicação ou compreensão[30]. Atuando num ponto diferente daquele ocupado pela retórica ou teoria da argumentação, somente o instrumentário metódico-jurídico está suficientemente próximo ao funcionamento real do aparato do Estado de Direito, isto é, o trabalho diário de seus operadores[31].

Na interpretação da Constituição, a importância dos métodos tradicionais, sem dúvida, diminui. É sabido que o texto da Lei Maior, na sua maior parte, regulamenta relações políticas e sociais, o que o

28 SCHMITT-GLAESER, Alexander. **Vorverständnis als Methode**: eine Methodik der Verfassungsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung U.S.-amerikanischen Rechtsdenkens. Berlin: Duncker&Humblot, 2004. p. 139, 144.

29 RÜTHERS, Bernd. **Rechtstheorie:** Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. München: C. H. Beck, 1999. p. 369.

30 MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. **Juristische Methodik – Band 1**. Grundlagen Öffentliches Recht. Berlin: Duncker&Humblot, 2002. p. 28.

31 STRAUCH, Hans-Joachim. Theorie-Praxis-Bruch – aber wo liegt das Problem? *In.*: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (eds.). **Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag**. Berlin: Duncker&Humblot, 2001, p. 197-209.

torna, segundo Bonavides[32], sujeito a um "influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável". O autor deixa claro que não defende "uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais", tampouco pretende "preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista [...]". Na mesma linha, Canotilho[33] entende que a interpretação da Constituição deve ser efetuada mediante um conjunto de métodos reciprocamente complementares, entre os quais está o "método jurídico" clássico.

Virgílio Afonso da Silva[34] critica com razão o fato de que a doutrina brasileira adotou, de maneira pouco refletida, vários (pretensos) "princípios de interpretação constitucional" (unidade da constituição, concordância prática, máxima efetividade), dos quais alguns são pouco relevantes porque "em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação". Nessa linha também anda Guastini[35], para quem os juristas e juízes usam, para interpretar textos constitucionais, "exatamente os mesmos métodos que usam para interpretar as leis". Entretanto, ressalte-se que não se adota aqui posicionamento semelhante à famosa crítica de Forsthoff[36], que defendeu uma interpretação da Lei Maior restrita aos cânones tradicionais, porquanto temia que os métodos abertos como a tópica levassem à dissolução total do caráter jurídico da Constituição.

32 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 461.

33 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1084.

34 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, V. A. (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 133.

35 GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019. p. 305.

36 FORSTHOFF, Ernst. **Zur Problematik der Verfassungsauslegung**. Stuttgart: Kohlhammer, 1961.

Um dos autores que mais influenciaram a consolidação teórica da moderna hermenêutica constitucional, Peter Häberle[37], constata que a "interpretação aberta integra os métodos interpretativos tradicionais", impondo apenas "uma abertura do cânon de métodos" (destaque no original). Apesar de defender um procedimento interpretativo plural da Constituição que inclua diversos atores e seja orientado pela realidade, publicidade e consideração das consequências das decisões para o bem comum, o autor alemão em momento algum despreza os métodos clássicos de interpretação jurídica. Para ele, "os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado", assumindo, porém, a nova função de "'filtros' sobre os quais a força normatizadora da publicidade (...) atua e ganha conformação"[38].

A NECESSÁRIA CONCILIAÇÃO DA TEORIA COM A PRÁXIS DA INTERPRETAÇÃO E DA APLICAÇÃO DO DIREITO; A RACIONALIDADE QUE NORTEIA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA

Segundo Kriele[39], a metodologia jurídico-científica sempre tem procurado desenvolver padrões que permitam um controle dos aplicadores do Direito em relação a seu acerto ou erro na utilização dos respectivos métodos. Entretanto, a práxis costuma seguir os seus próprios caminhos, uma vez que "ela se deixa elogiar, repreender, etiquetar, mas pouco influenciar". Para o autor, a teoria jurídica não reflete, de maneira suficiente, o que a práxis efetivamente faz, como ela o faz e, sobretudo, por que o faz assim e não de forma diferente. Em vez de reclamar da ignorância, arrogância ou lerdeza da práxis, faz mais sentido indagar se muitos dos argumentos teóricos não são simplesmente inúteis para o trabalho prático. A divisão teoria/prática não deve, portanto, ser entendida como separação entre categorias

37 HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. *In.:* HÄBERLE, Peter. **Verfassung als öffentlicher Prozess**. Berlin: Duncker&Humblot, 1978. p. 73.

38 Idem, p. 43.

39 KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker&Humblot, 1976. p. 5.

profissionais (juízes, procuradores, advogados, consultores, pesquisadores, professores, etc.), mas antes como "ideia teórica inadequada daquilo que se faz na prática" do Direito.

É duvidoso querer exorcizar o pretenso mal dos métodos tradicionais de interpretação jurídica, apesar do fato de que estes continuam a ser amplamente utilizados na aplicação do Direito na Administração Pública e nos tribunais. O seu emprego na prática é real, não no sentido da consulta a uma lista fixa, feito um roteiro para testar resultados espiritualmente diferentes, mas na forma do enveredar (até inconsciente) de diferentes caminhos ou "sequências de raciocínio", a que o intelecto humano recorre para solucionar certo problema e produzir uma decisão. Ao mesmo tempo, é público e notório que a prática judicial se acha cheia de pecados (e até barbaridades) metódicos, não somente no Brasil. Em toda parte há juízes que não justificam as suas sentenças adequadamente por não considerar certos elementos metódicos tradicionais que poderiam (ou deveriam) ter levado a uma decisão diferente[40].

Hassemer[41] admite que, ainda que o sistema do Direito codificado determine a vinculação estrita do juiz à lei posta, a efetividade dos métodos de interpretação é restrita, visto que a sequência de sua apresentação pode consistir numa estratégia para determinar e legitimar o resultado. Mesmo assim, os cânones tradicionais, além de expressar "as melhores tradições do sonho por uma justiça no Estado de Direito" que seja vinculada às decisões de um legislador eleito, são "documentos de um sério e erudito radicalismo na procura de um apoio firme para a compreensão e interpretação de leis". O autor defende que a metodologia do Direito deveria observar melhor a prática forense, a qual ela não consegue "acertar, ordenar ou controlar". Essa prática é dominada por "programas informais", regidos por rotinas, hábitos e saberes funcionais, isto é, modelos pragmáticos do trabalho com a lei, "ordenados pelo pensar, ler, compreender, agir, escrever e falar

40 HASSEMER, Winfried. **Erscheinungsformen des modernen Rechts**. Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 2007. p. 140.

41 Idem, p. 132.

profissional", que variam de acordo com o ramo do Direito e possuem cenários diferenciados de achar e justificar as decisões. Este quadro observado na Alemanha não diverge muito da situação brasileira.

Entendemos também que a viabilidade de uma metódica deve ser demonstrada, sobretudo, na solução dos casos comuns do dia a dia do trabalho jurídico. Há, porém, uma forte tendência da teoria de se referir apenas a casos excepcionais ou "difíceis". No caso normal, o limite gramatical do termo legal permite uma subsunção relativamente tranquila. O fato de não existir um limite linguístico rígido não invalida a ideia de uma vinculação pela linguagem. As exageradas críticas que alegam a absoluta contingência e imprevisibilidade da interpretação de textos legais levam à descrença de muitos profissionais do Direito em relação a seu ofício, abrindo, inclusive, os portões para julgadores nada neutros. Estes se aproveitam do discurso da falta de vinculação do intérprete à lei para perseguir os seus fins políticos, ideológicos ou econômicos[42].

Por isso a ciência do Direito, em vez de se sobrecarregar com a pretensão de influenciar o próprio processo de produção da decisão forense, dever-se-ia limitar a cultivar a capacidade de controlar se esta, uma vez tomada, pode ser justificada e apresentada racionalmente. Nessa tarefa, os meios metódicos tradicionais não levam "à verdade", mas servem como boas razões no processo discursivo de uma argumentação[43].

O que é materialmente correto não pode ser fixado ("conhecido") unilateralmente, mas deve ser produzido de maneira intersubjetiva e, assim, reconhecido. Os argumentos utilizados e analisados nas diferentes etapas da formação de uma decisão servem também para orientar a solução de casos futuros. Assim, o processo da tomada da

42 HOCHHUT, Martin. Methodenlehre zwischen Staatsrecht und Rechtsphilosophie. *In*: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (eds.). **Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag**: ein Bruch zwischen Theorie und Praxis? Berlin: Duncker&Humblot, 2001. p. 229.

43 PAIVA, Raíi M. Sampaio de. **Entre o mestre, a quimera e o iceberg**: da relação necessária entre métodos de interpretação e a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2022. p. 144.

decisão jurídica é guiado por diferentes elementos, que se integram e complementam, para fundamentar a racionalidade do resultado em vários aspectos: a técnica da metodologia clássica, o raciocínio lógico (para evitar contradições) e, sobretudo, a valoração argumentativa que leva à ponderação entre bens e interesses[44].

A linha mais convincente da metodologia jurídica contemporânea pretende reconstruir o procedimento através do qual o intérprete chega a uma decisão considerada justa (ou correta), fundamentando-a racionalmente e abrindo a ciência jurídica à dimensão da racionalidade argumentativa. Para que uma interpretação não apareça como mero arbítrio, é preciso que ela se baseie em "reflexões comunicáveis e claras"[45].

Em relação à hermenêutica geral, a racionalidade do Direito é "tecnicamente intensificada", pois dispõe de elementos para avaliar a correção de uma interpretação. E, ainda que os critérios jurídico-racionais não sejam quantitativamente aferíveis, senão objeto de apreciação valorativa, eles criam uma rede mais ou menos densa de motivos que permitem criticar ou justificar decisões jurídicas. Uma sentença normativamente correta sempre exige que, entre as fases da pré-compreensão e a decisão, haja uma fase de verificação metódica[46].

A decisão jurídica não pretende apenas estar em conformidade com a lei, mas ser, ao mesmo tempo, objetivamente correta ("pretensão de correção"). É notório que o jurista deve se orientar nas normas jurídicas postas; estas, no entanto, podem não contemplar certas situações, ser tecnicamente ultrapassadas ou não corresponder mais às convicções contemporâneas a respeito de uma solução justa. Neste dilema da pergunta em que medida o operador jurídico se deve orientar na disposição legal ou no critério da retidão material, seria ingênuo assumir uma posição do "tudo-ou-nada". Somente as duas

44 MASTRONARDI, Philippe. **Juristisches Denken:** eine Einführung. Bern usw.: Haupt (UTB), 2001. p. 99.

45 ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Compilação: Ana Messuti. Cizur Menor Navarra: Thomson Civitas, 2004. p. 27.

46 MASTRONARDI, Philippe. **Juristisches Denken**: eine Einführung. Bern usw.: Haupt (UTB), 2001. p. 175.

exigências em conjunto, a da legalidade da decisão e a de sua correção objetiva, formam o sistema coordenado da argumentação jurídica[47].

A escolha de determinado sentido para um conceito legal atende ao fim de solucionar um problema prático, numa maneira materialmente adequada e justa, que deve ser arrazoada. A própria interpretação jurídica constitui um processo argumentativo de escolha, orientado por diferentes objetivos. A justificação da decisão possui um lado formal, ligado a certas formas de raciocínio e às regras da lógica, e um lado consensual, quando busca alcançar concordância sobre as valorações que influenciam a interpretação e as ideias finalísticas sobre as consequências. Os critérios tidos por racionais, contudo, muitas vezes também deixam espaços para ponderação e escolha. "Resumindo, a argumentação jurídica, com certeza, é estruturada racionalmente, mas não estritamente determinada por aspectos racionais. Enquanto questões de valoração não podem ser mais dissolvidas racionalmente, o pensamento argumentativo somente pode aspirar a gerar o consenso mais abrangente possível"[48].

É evidente que, para cumprir a sua pretensão de produzir decisões corretas, o Direito se abre em relação a padrões morais, sujeitos a valorações pessoais daquele que o aplica. Essa abertura é inevitável, mas pode ser aceita somente em virtude da existência de regras argumentativas do método jurídico que evitam que ela leve à arbitrariedade e a uma perda total de segurança jurídica[49]. Os cânones clássicos de interpretação somente formam uma parte dessas regras. O Direito, na verdade, sempre tem funcionado apesar de inúmeras indefinições semânticas teóricas dos conceitos que emprega; "o que importa realmente é certa 'aptidão prática' dos procedimentos argumentativos", os quais devem ser, sobretudo, "adequados a garantir

47 NEUMANN, Ulfrid. **Recht als Struktur und Argumentation**. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 84.

48 ZIPPELIUS, Reinhold. **Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft**. Berlin: Duncker&Humblot, 1996. p. 391.

49 ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. p. 168.

a possibilidade de disputa em torno de certos estados de coisas futuras ou presentes, que se possam querer preservar"[50].

Hoje, a decisão jurídica não é mais tida como contrária ao discurso crítico, contudo antes como o seu próprio resultado; ela não termina o discurso, mas representa o seu "balanço intermediário". Assim, qualquer sentença necessita de justificação, não apenas para legitimá-la para fora, mas para possibilitar a medição e a avaliação de sua racionalidade, coerência, retidão e correção. Tudo indica que o tipo de sentença jurídica que resiste ao cumprimento discursivo de sua pretensão de validade é justamente aquele que, de fato, não se deixa justificar objetivamente através de argumentos racionais[51]. Neste sentido, pode-se afirmar que o modelo brasileiro de racionalidade jurídica consiste em "conjuntos de regras, cânones, conceitos ou padrões interpretativos, cujo objetivo é formar padrões para a justificação das sentenças por meio da imposição de determinados ônus argumentativos aos órgãos competentes para decidir casos judiciais"[52].

0Na prática da ciência jurídica de boa parte dos Estados Democráticos de Direito, os quatro clássicos métodos de interpretação (gramatical, sistemática, histórica, teleológica) estão onipresentes até os dias de hoje; países como Argentina, Uruguai, Paraguai, Portugal, Espanha, Itália, Áustria e Suíça os positivaram na sua legislação, sobretudo nos Códigos Civis. O Tribunal de Justiça da União Europeia os utiliza, permanentemente, para fundamentar as suas decisões, com ênfase no elemento teleológico (*purpose approach*)[53]. Na Alemanha,

50 CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 21.

51 HAVERKATE, Görg. **Gewißheitsverluste im juristischen Denken.** Zur politischen Funktion der juristischen Methode. Berlin: Duncker&Humblot, 1977. p. 195.

52 RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: FGV Editora, 2013. p. 160.

53 HAGER, Günter, **Rechtsmethoden in Europa**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 250.

eles foram expressamente reconhecidos por repetidas decisões da Corte Constitucional[54].

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei 4.657/42) menciona expressamente o método teleológico quando reza que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (art. 5º). Já o Código Tributário Nacional (CTN - Lei 5.172/66) estabeleceu restrições metódicas à interpretação das normas da área (arts. 107-112), as quais não foram alteradas pela recente Reforma Tributária (EC n. 132/2023, LC n. 214/2025). Além do mais, os critérios metódicos clássicos são reconhecidos pela doutrina do Direito brasileiro e referenciados por numerosas decisões dos tribunais superiores do país.

O famoso cânon de Savigny (1840) incluía como aspectos da interpretação o gramatical, o lógico,[55] o sistemático e o histórico, rechaçando o teleológico, uma vez que o fim da norma, para ele, somente poderia ser aperfeiçoado pelo legislador, mas nunca pelo juiz. Mesmo assim, a grande maioria dos autores, hoje, inclui o método teleológico no cânon de interpretação jurídica[56]. O famoso jurista alemão os chamava de elementos de interpretação, para destacar que não se tratava propriamente de "métodos", alternativos e hierarquizados, mas antes de critérios a serem sempre considerados no exercício do labor hermenêutico, os quais, porém, podem ganhar um peso diferenciado, de acordo com o caso, os fatos e as normas[57]. Muitos autores já falam de cinco (ou mais) cânones interpretativos, incluindo neste rol o critério comparativo, baseado na comparação com as normas, instituições, doutrinas e decisões judiciais estrangeiras.

54 BVerfG – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha). **Decisão de 17.05.1960**, publicada em BVerfGE n. 11, p. 126ss. (130).

55 A análise dos aspectos *lógicos* da interpretação, posteriormente, foi integrada ao elemento *sistemático* (cf. Reale, 2004, p. 279-280.).

56 MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. **Juristische Methodik** – Band 1. Grundlagen Öffentliches Recht. 8. ed. Berlin: Duncker&Humblot, 2002. p. 99.

57 MORLOK, Martin. Die vier Auslegungsmethoden – was sonst? *In*: GABRIEL, G.; GRÖSCHNER, R. (eds.). **Subsumtion**: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 179.

A maior objeção a esses aspectos metódicos sempre tem sido o fato de que eles não são capazes de abrir um caminho seguro para o fim perseguido, estando sempre sujeitos a uma escolha por parte do intérprete. Isso os desqualificaria como "métodos" científicos, dos quais se espera que disciplinem e assegurem o alcance de certo resultado, restringindo e, com isso, tornando controláveis as possibilidades daqueles que os empregam. Na verdade, o cânon metódico não contribui para a racionalização da escolha do elemento preferível para o caso concreto. Este depende da pré-compreensão sobre a solução correta, uma expectativa de correção que também é guiada pela consideração das consequências da decisão e por sua aceitabilidade social.

A crítica se concentra na questão de que estes fatores subjacentes, que efetivamente determinam a aplicação da norma, normalmente ficam escondidos, muitas vezes até para o próprio intérprete. Todavia, todas essas objeções não resultaram numa mudança no exercício prático da interpretação jurídica: os operadores do Direito continuam empregando os cânones, e a comunidade jurídica (além das partes interessadas) os aceita como expressão de um procedimento metodológico correto. Este fenômeno se deve ao fato de que simplesmente não há alternativas viáveis aos métodos clássicos.

As prescrições dos textos legais jamais serão suficientes para a solução adequada de boa parte dos casos. Mesmo assim, o operador jurídico deve orientar a sua decisão ao Direito vigente, sendo-lhe vedado tomar decisões arbitrárias, a critério de seu sentimento subjetivo de justiça. Por isso, as regras metódicas têm a importante função de transmitir ao público a vinculação do intérprete ao texto normativo, o qual pode ser lacunoso, incompleto, vago, etc. Os cânones viabilizam o controle do cumprimento desta exigência constitucional[58]. A seguir, serão apresentadas as bases conceituais dos quatro critérios metódicos clássicos de interpretação, bem como as principais críticas já formuladas a eles.

58 Idem, p. 181.

a) A letra da lei (interpretação literal ou gramatical) é, necessariamente, o ponto de partida do trabalho jurídico, justamente porque o texto legal transporta as prescrições vinculantes para o seu aplicador. Para identificar o sentido de uma palavra, o intérprete primeiro se valerá de sua intuição linguística, adquirida como integrante de uma sociedade em que se pratica determinado idioma. No entanto, o raciocínio a partir desta linguagem de uso comum nem sempre é suficiente para interpretar adequadamente um texto legal, uma vez que o legislador também pode utilizar termos que possuem um significado técnico, especializado, isto é, diverso da linguagem comum.

Ainda que o método gramatical quase sempre seja o ponto de partida na interpretação de um dispositivo legal, não deve ser superestimada a relevância do teor literal para a concretização adequada de uma norma. Signos linguísticos não possuem um espaço fixo de referência que pode ser identificado de uma vez por todas; antes, a "semântica instável" é dominada pela pragmática do emprego dos signos pelos usuários. No âmbito do Direito, esta "fixação de referência" para certas palavras é efetuada pela jurisprudência, a doutrina e a comunidade jurídica em geral, podendo haver a necessidade de argumentar em favor de ou contra o uso de uma palavra em determinado sentido. O reconhecimento da falibilidade da interpretação literal e a instabilidade do significado dos termos jurídicos, contudo, não devem levar a uma descrença absoluta em relação ao elemento gramatical da exegese jurídica, como se este não tivesse maior importância na produção da decisão[59].

É duvidoso que haja "o sentido literal" de uma expressão linguística vaga ou escura, cuja substância material sempre seria capaz de ser esclarecida. Em vez disso, um preceito legal deve ser considerado "determinado" enquanto não surjam, entre os atingidos pela norma, dúvidas sobre o entendimento acertado. Essas opiniões divergentes desfazem o sentido arrazoado da palavra, colocando em

59 Idem, p. 193.

seu lugar propostas acerca do seu entendimento correto. Possíveis dúvidas podem ser racionalmente rechaçadas somente por meio de argumentos, o que faz com que uma tradição vitoriosa deva a sua continuidade à disputa por eles, não a si mesma, ou a um pretenso "genuíno sentido literal" do texto legal[60].

Desde a "virada linguística" na filosofia, desconfia-se da experiência do ser humano e pergunta-se pelas condições linguísticas do seu acesso à própria realidade. Enquanto a teoria tradicional de interpretação entendia que o significado de um termo legal se produz por sua relação para com um ente objetivo extralinguístico – uma "verdade preexistente", ou uma essência que reside em todas as coisas assinaladas pela palavra –, o giro pragmático-linguístico na teoria da interpretação levou ao entendimento de que a linguagem não representa algo preexistente na realidade, mas que o significado de uma expressão idiomática se produz, intersubjetivamente, na relação entre locutores que se comunicam com base em certas regras[61].

Por isso, muitos autores, com base em Wittgenstein (1889-1951), consideram a ciência do Direito um "jogo de linguagem especial", cujos participantes concordam a respeito da justificação de "pretensões de validade normativas". Para poder participar desse jogo, os operadores jurídicos aprendem a recorrer a cânones metódicos, precedentes, opiniões doutrinárias, prováveis consequências da decisão etc.[62].

A teoria da "fronteira do teor literal da palavra" (Wortlautgrenze) afirma que existe um limite semântico objetivo para cada termo normativo a ser respeitado pelo intérprete. Não seriam legítimas as interpretações que vão além do âmbito deste "sentido literal possível", as quais são classificadas, conforme o caso, como integração de

60 GAST, Wolfgang. Recht als ius argumentandi. *In*: BALLWEG, O.; SEIBER, T.-M. (eds.). **Rhetorische Rechtstheorie.** Freiburg/München: Karl Alber, 1982, p. 303.

61 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.

62 HERBERT, Manfred. **Rechtstheorie als Sprachkritik: zum Einfluß Wittgensteins auf die Rechtstheorie.** Baden-Baden: Nomos, 1995. p. 198.

lacunas da lei, ou desenvolvimento do Direito complementador ou modificador da lei[63].

Na área do Direito Penal, essa teoria põe limites à abrangência da interpretação; nas outras, são frequentes as decisões judiciais que desconsideram o significado lexical das palavras legais quando há argumentos sustentados pelos outros meios metódicos ou até motivos extrajurídicos. De qualquer maneira, deve ficar claro que os limites semânticos de uma norma jurídica, na grande maioria dos casos, não são intransponíveis, o que torna questionável o emprego do termo "fronteira do teor literal" neste contexto.[64]

É famosa também a teoria de Kelsen[65] sobre a moldura da norma, que é formada pelo texto da lei, pela jurisprudência e pela doutrina (entre outros aspectos), contudo sem indicação dos critérios metódicos necessários para traçar os limites dessa moldura em cada caso[66]. Na verdade, a suposição de um quadro semântico para cada norma não impede a sua superação pelo aplicador da lei, mas apenas aumenta o ônus argumentativo de fundamentação na medida do afastamento dos limites literais, como foi o caso no reconhecimento da união

63 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997. p. 414.

64 Sobre a questão se existe uma "fronteira do teor literal da palavra" divergem a hermenêutica jurídica (*stricto sensu*), as teorias pós-modernas de interpretação e a teoria analítica da argumentação jurídica. Os céticos objetam que o significado da norma legal é determinado somente pelo próprio intérprete e, portanto, não pode limitar a aplicação da lei. O significado linguístico, porém, é normativamente estruturado, como mostrou a "filosofia do significado" (R. Brandom). Assim, a normatividade semântica e a estrutura inferencial das regras de uso de palavras levam a uma externalidade da linguagem para o Direito, a qual reabilita a interpretação semântica. KLATT, Matthias. *Juristische Hermeneutik. In.:* HILGENDORF, E.; JOERDEN, J. (eds.). **Handbuch Rechtsphilosophie**. Stuttgart: Metzler, 2017b. p. 224-230. p. 8. KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito:** *normatividad semántica en la argumentación jurídica*. Trad.: Francisco J. Campos Zamora. Madrid: Marcial Pons, 2017a. ZAMORA, Francisco J. Campos. **Das Problem der Begründung richterlicher Entscheidungen**: eine Analyse auf der Grundlage der Theorie der juristischen Argumentation. Berlin usw.: Peter Lang, 2021. p. 94.

65 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito –** Vol. II. Coimbra: Arménio Amado, 1962. p. 288.

66 ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do Direito**: retórica realista, argumentação e erística. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 120.

homoafetiva pelo STF, em 2011 (ADI 4.277), contra o teor literal do art. 226, § 3º, CF. De qualquer maneira, não é possível decidir, de antemão, se um termo legal é semanticamente claro ou incerto e quais métodos devem ser empregados para a sua interpretação, visto que a referida distinção é sempre quantitativa (gradual), e não qualitativa[67].

Uma "lacuna legal" (Rechtslücke) é considerada a precondição de uma legítima integração complementadora do Direito, que pode levar até a construção de decisões *contra legem*, isto é, claramente fora dos limites do texto normativo. O mesmo acontece em sentido contrário com a "redução teleológica", que consiste na abertura de uma exceção em certas circunstâncias, apesar da nítida incidência de uma norma positiva que contempla o fato ocorrido[68].

No entanto, faz parte do próprio labor interpretativo a constatação da existência de uma lacuna legal, a definição dos seus limites e das medidas adequadas para o seu preenchimento no caso concreto. As formas de argumentação costumam variar entre o espaço da interpretação e o da integração do Direito, marcados por uma "zona fronteiriça de pouquíssima nitidez" que torna a sua separação "fluídica e imprecisa"[69] (Torres, 2006, p. 34). A integração permite o uso da analogia, dos costumes e princípios gerais do Direito (art. 4° da LINDB) e normalmente se caracteriza por uma interpretação mais extensiva, com base em argumentos menos formais e mais materiais. Assim, a classificação de um ato interpretativo como integração do Direito leva a exigências mais elevadas de justificação[70].

Os juristas geralmente se preocupam bastante com o significado objetivo das normas, já que uma dependência total do sentido de acordo com o contexto de sua utilização prejudicaria sobremaneira

67 KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividad semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2017a. p. 289.

68 BYDLINSKI, Franz. **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**. Wien, N. York: Springer, 1982. p. 441.

69 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação São Paulo: Atlas, 2003. p. 299.

70 KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividad semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2017a. p. 8.

a segurança, a previsibilidade e o controle do fato social, que o Direito deve proporcionar. Por consequência, a doutrina jurídica costuma pressupor um "significado literal" dos termos legais, sendo difícil entender o Direito moderno "sem se ter assumido, ao menos estrategicamente, a ideia de que há um significado literal das palavras das normas"[71].

b) Numa ordem jurídica desenvolvida e complexa, a unidade do sistema é um dos ideais mais elevados a serem perseguidos, acompanhado pelos postulados da consistência (= ausência de contradições) e da coerência (= estrutura interna de referência)[72] (Morlok, 2012, p. 188). Este fato é a base da interpretação sistemática. Qualquer norma legal está posta no seio de um conjunto regulatório, formado por regras e princípios inseridos da mesma lei, em leis hierarquicamente iguais, superiores ou inferiores, cuja leitura pode ganhar importância decisiva na interpretação de um dispositivo. Assim, deve ser esclarecido o "contexto significativo" de uma proposição jurídica, visto que, muitas vezes, a construção de seu sentido pode exigir considerá-la como "parte da regulação a que pertence", a fim de identificar uma concordância material entre diferentes disposições legais singulares[73].

É hoje universalmente aceito que as normas constitucionais (sobretudo os direitos fundamentais) podem exercer grande influência em relação a uma interpretação extensiva ou restritiva de um artigo do Código Civil, ou de um permissivo da legislação urbanística, por exemplo. Ao mesmo tempo, deve ficar claro que a alegação que certa interpretação de um termo jurídico se acha "conforme com o sistema" não passa de uma proposta, que pode convencer mais, ou menos, necessitando sempre de argumentação em seu favor. Não

71 CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 37, 42, 79.

72 MORLOK, Martin. Die vier Auslegungsmethoden – was sonst? *In*: GABRIEL, G.; GRÖSCHNER, R. (eds.). **Subsumtion**: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 188.

73 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997. p. 457.

existe um sistema jurídico fechado, e numerosos produtos legislativos não se deixam compreender de forma sistemática. Especialmente a interpretação a partir de normas principiológicas da Constituição costuma envolver a ponderação entre diferentes valores e interesses reconhecidos pela ordem jurídica. Esta abertura das opções argumentativas faz com que o resultado defendido deva ser bem arrazoado e sopesado, o que torna este tipo de interpretação mais complexo e sofisticado[74].

c) Quando surgem dúvidas sobre o significado de um texto legal, faz sentido indagar sobre a intenção de seu autor e o contexto histórico de sua elaboração. Uma interpretação que pretenda ser "fiel ao legislador" deve incluir a consulta dos materiais legislativos que podem esclarecer o significado de certos termos, os fins específicos da norma, as alternativas de solução que foram rejeitadas, etc. Uma interpretação histórica mais genérica não se concentra na vontade manifestada pelos órgãos legislativos, mas tenta recapitular a situação social, política e econômica no momento da aprovação de uma lei. Ela ganha importância no caso de um maior lapso temporal entre a produção da norma e sua aplicação. O objetivo aqui não é a reprodução de uma (pretensa) vontade legislativa original, mas a sua relativização em função do contexto outrora dado (ex.: Código Penal brasileiro).

A indagação sobre os condicionantes históricos de uma norma dificilmente leva a indícios claros sobre a forma como ela deveria ser entendida e aplicada hoje. A interpretação genética, que tenta seguir a vontade do legislador, esbarra na objeção de que nos processos legislativos complexos não há mais "uma vontade" legislativa a ser descoberta, pois o que interessa é exclusivamente o texto aprovado e não as pretensas vontades subjacentes. Outras críticas contra uma fixação nas intenções originais dos legisladores são a possível "petrificação da ordem jurídica" e a "dominação dos mortos sobre os vivos". Em geral, a interpretação histórico-genética, que hoje serve

74 MORLOK, Martin. Die vier Auslegungsmethoden – was sonst? *In*: GABRIEL, G.; GRÖSCHNER, R. (eds.). **Subsumtion**: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 197.

mais como método complementar, passou a desconsiderar a vontade subjetiva dos feitores da lei, concentrando-se apenas na "vontade objetivada" do legislador, que se manifesta através do teor linguístico do próprio dispositivo legal e de seu "contexto de sentido"[75].

d) Muitas vezes, a finalidade (fim = *telos*, em grego) da norma assume uma função decisiva na definição do significado de um dispositivo legal no caso concreto, uma vez que o Direito serve, acima de tudo, para produzir soluções adequadas a certos problemas. Ao contrário dos outros elementos metódicos, o teleológico não guarda relação direta com o texto legal, mas perquire sobre algo externo, isto é, a orientação instrumental da norma, o que atribui ao intérprete uma considerável liberdade na afirmação deste fim concreto e das suas consequências para o caso. No centro de atenção não estão questões semânticas, a coerência do sistema ou as intenções do legislador, mas a responsabilidade do intérprete pelo alcance de um resultado correto e/ou justo para o caso concreto a ser decidido. Por isso, o elemento teleológico certamente é o mais elástico dos cânones, o que o torna o preferido na prática da interpretação[76].

Os fins dos atos humanos são suas consequências decisivas, aquelas pelas quais aqueles são cometidos. A distinção entre o próprio fim de um ato e de suas consequências acessórias é sempre um ato de vontade subjetiva, uma vez que o fim não pode ser deduzido objetivamente do próprio ato. A norma, contudo, deve servir a um fim considerado razoável, que pode ser apresentado como tal; um discurso interpretativo sobre este fim normativo não pode ser arbitrário, antes precisa de uma fundamentação consistente que seja capaz de ser defendida contra possíveis contestações. Assim, o elemento teleológico da interpretação resguarda e aumenta a racionalidade da produção da

75 Idem, p. 198.

76 MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. **Juristische Methodik** – Band 1. Grundlagen Öffentliches Recht. Berlin: Duncker&Humblot, 2002. p. 99.

decisão, uma vez que exige um convencimento argumentativo sobre o juridicamente correto[77].

O próprio conceito de fim pode assumir diversos significados, incluindo ideias abstratas como a segurança jurídica, a paz, a ordem pública, o bem-estar social, etc. Além disso, podem ser pontos de referência para a interpretação teleológica os interesses isolados (bens jurídicos), ou os conflitos de interesses mais complexos, cuja solução exige a consideração de interesses opostos, a partir de "critérios, valorações e opções legais [...]. Em todo o caso, após a vitoriosa investida da Jurisprudência dos fins e dos interesses, o método teleológico tem-se vindo a deslocar cada vez mais para um primeiro plano em relação à 'interpretação literal'"[78]. M. Reale[79] chega a afirmar que "toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito".

No que diz respeito a seu objeto de conexão, a interpretação teleológica difere dos outros métodos: enquanto o gramatical e o sistemático partem diretamente do texto da norma ou da lei, e o histórico-genético, da sua história ou origem, a fim de determinar o conteúdo normativo, o método teleológico não se relaciona com algo realmente preexistente, mas mede os fins concebíveis da disposição a partir do substrato meramente intelectual das valorações, dos princípios e dos conceitos ordenadores que vêm à luz nesta norma, em outras normas, ou na ordem jurídica geral. Trata-se, portanto, de uma interpretação externa ao próprio texto legal. Muitas vezes, contudo, pode haver opiniões divergentes sobre a decisão de valor que o legislador presumivelmente tomou (ou teria tomado) em relação ao conflito de interesses em questão[80].

---

77 MORLOK, Martin. Die vier Auslegungsmethoden – was sonst? *In.*: GABRIEL, G.; GRÖSCHNER, R. (eds.). **Subsumtion**: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 202.

78 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1983. p. 142.

79 REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 291.

80 LOOSCHELDERS, Dirk; ROTH, Wolfgang. **Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung**: zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen

Antes do emprego dos diferentes elementos metódicos, cabe esclarecer o objetivo da interpretação, que determina os critérios para a sua correção e justificabilidade. A teoria subjetiva de interpretação pretende determinar a intenção do legislador; a teoria objetiva, o significado razoável ou justo da lei, distinguindo-se entre os momentos da promulgação e da aplicação da lei. De relevância prática são a "teoria subjetiva do tempo de origem", que pergunta pela vontade factual do legislador histórico, e a "teoria objetiva do tempo da interpretação", que indaga sobre o significado razoável da lei no momento de sua aplicação Assim, é possível dar preferência tanto ao fim da norma perseguido pelo legislador (interpretação subjetivo-teleológica) quanto ao fim a ser determinado como razoável ou justo a partir de uma posição objetiva (interpretação objetivo-teleológica)[81]. Na visão da teoria objetiva, "a lei é mais inteligente do que o legislador"; todavia, os críticos desta linha a acusam de transformar os tribunais "de servos em mestres da lei"[82].

Nenhuma dessas teorias possui precedência estrita, pois há boas razões a favor e contra cada uma das duas posições. A teoria subjetiva pode contar com a autoridade do Legislativo, que é legitimada pelos princípios da democracia e da separação de poderes. A teoria objetiva, por outro lado, é apoiada pela referência à justiça da lei, que exige a correção do conteúdo da interpretação. Por conseguinte, apenas é possível um primado condicional de um ou outro objetivo, que deve ser determinado no caso concreto com base numa ponderação dos princípios formais e substantivos. Ao fazê-lo, devem ser considerados critérios como a idade e a densidade da lei, o grau de evidência da

von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung. Berlin: Duncker&Humblot, 1996. p. 67.

81 KLATT, Matthias. Juristische Hermeneutik. *In.*: HILGENDORF, E.; JOERDEN, J. (eds.). **Handbuch Rechtsphilosophie.** Stuttgart: Metzler, 2017b. p. 224-230.

82 RÖHL, Klaus F. **Grundlagen der Methodenlehre II**: Rechtspraxis, Auslegungsmethoden, Kontext des Rechts. 2013b. Disponível em: http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/ inhaltsverzeichnis/19-beitraege/77-methodenlehre2. Acesso em: 10 de jun 2025.

vontade do legislador histórico, a extensão da mudança social e o peso dos argumentos da justiça[83].

OS CÂNONES COMO INSTRUMENTOS INDISPENSÁVEIS PARA INTERPRETAR O DIREITO; A QUESTÃO DA HIERARQUIA ENTRE OS DIFERENTES ELEMENTOS METÓDICOS

Na linha de Savigny[84], a grande maioria dos doutrinadores entende que não existe uma ordem ou hierarquia predeterminada para a aplicação dessas diretivas metódicas clássicas. Em muitos casos, eles nem podem ser claramente distintos, mas se interpenetram, ficando em aberto se o resultado está mais lastreado em razões referentes ao sentido literal, à posição da norma no sistema como um todo, à gênese de sua elaboração ou ao fim normativo. Numa escala maior, aspectos como os tradicionais cânones interpretativos, a concretização da norma, a jurisprudência anterior, as consequências da decisão e as ponderações de justiça prática não devem ser colocados um ao lado do outro, mas formam um nexo razoável dentro de um processo homogêneo de raciocínio[85].

No Brasil, prevalece a doutrina do pluralismo metodológico que nega qualquer escalonamento hierárquico entre os diferentes critérios metódicos, cuja importância variaria "de acordo com o caso e com as valorações jurídicas na época da aplicação"[86]. A atividade interpretativa é concebida como um "jogo consertado", em cujo âmbito os diferentes cânones "se complementam, se esclarecem, se controlam, se restringem, se enredam e se implicam, reciprocamente",

83 KLATT, Matthias. Juristische Hermeneutik. *In.*: HILGENDORF, E.; JOERDEN, J. (eds.). **Handbuch Rechtsphilosophie**. Stuttgart: Metzler, 2017b. p. 224-230. Disponível em: https://www.academia.edu/31803056/. Acesso em: 15 jun. 2025. p. 5.

84 SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts.** Berlin: Veit, 1840. p. 215.

85 KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker&Humblot, 1976. p. 329.

86 Torres, Ricardo Lôbo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. Rio: Renovar, 2006. p. 149.

com base em uma teoria jurídico-axiológica "que lhes dê sustentação e consistência", no sentido de levar a uma decisão justa[87].

Ainda há autores que defendem um escalonamento, isto é, uma sequência obrigatória de análise dos diferentes elementos metódicos por parte do intérprete/aplicador do Direito, que teria de examinar primeiro os critérios gramatical e sistemático, seguidos pelo histórico-genético, para poder chegar, subsidiariamente, ao elemento teleológico, caso os anteriores não levem a uma solução materialmente adequada (correta) para o caso. Isso porque os métodos situados mais próximos ao teor do texto legal mereceriam preferência em relação aos mais afastados, já que seriam os mais aptos a realizar os valores fundamentais constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da participação democrática[88].

Uma proposta mais aprofundada para a criação de uma metarregra de interpretação, capaz de determinar a ordem de sequência dos diferentes elementos metódicos em cada caso concreto, foi desenvolvida por Arnim e Brink[89], com base na "ordem objetiva de valores" estabelecida pela Lei Fundamental alemã. Todavia, o uso do conceito de uma ordem axiológica, neste contexto, é rechaçado categoricamente por Müller e Christensen (2002), que admitem apenas a referência a princípios constitucionais formais – como a Democracia e o Estado de Direito – para definir critérios de prevalência no emprego dos diferentes cânones.

Não obstante, parece ser defensável, no máximo, uma classificação flexível (*prima facie*) dos elementos metódicos que atribui àquele que pretenda divergir dela o ônus de justificação, com base na ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos, como

87 COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica:** fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 181.

88 ARNIM, Hans Herbert von; BRINK, Stefan. **Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz**: Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik. Speyer: Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, 2001.

89 Idem, p. 262.

o Estado de Direito, a democracia e a justiça[90]. Torres[91], ainda que rejeite uma hierarquia preestabelecida entre os diferentes métodos, entende que, na área do Direito Tributário, "a escolha entre o critério sistemático ou o teleológico depende da ponderação dos princípios jurídicos diante do bem a ser protegido em cada caso".

Na prática dos tribunais e órgãos administrativos de vários países, os referidos métodos de interpretação, apesar das críticas teóricas formuladas nas últimas décadas, sempre têm funcionado: os operadores do Direito (administradores, procuradores, juízes, advogados, etc.) continuam a se valer efetivamente deles para produzir as suas sentenças, petições e pareceres. Diedrichsen[92] chega a afirmar que um juiz que, no processo mental de formação da decisão, não se deixa orientar pelos métodos jurídicos, não consegue mais cumprir a sua tarefa, tornando-se "descontrolado feito um veículo sem condutor". Com efeito, quando uma ordem jurídica está em contradição com as condições e os postulados de sua metodologia tradicional, o profissional do Direito fracassará no dia a dia de seu trabalho prático ou atenderá às regras metódicas só aparentemente[93], o que não corresponde à realidade brasileira.

O emprego das diretivas metódicas do Direito serve, antes de tudo, para delimitar e reduzir a arbitrariedade subjetiva do intérprete. Estabelecem-se regras com a intenção de nortear o processo de raciocínio jurídico e de separar os argumentos jurídico-constitucionais (ainda) legítimos dos (já) ilegítimos, o que torna as respectivas decisões e opiniões criticáveis. Esse fim, contudo, somente

90 KLATT, Matthias. Juristische Hermeneutik. *In.*: HILGENDORF, E.; JOERDEN, J. (eds.). **Handbuch Rechtsphilosophie.** Stuttgart: Metzler, 2017b, p. 224-230. Disponível em: https://www.academia.edu/31803056/. Acesso em: 15 jun. 2025. p. 9.

91 TORRES, Ricardo Lôbo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. Rio: Renovar, 2006. p. 166.

92 DIEDRICHSEN, Uwe. Methodenlehre und praktische Jurisprudenz. *In*: IMMENGA, U. (ed.). **Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung**. Göttingen: Otto Schwartz, 1980. p. 29.

93 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Berlin: Duncker&Humblot, 1983. p. 15.

será alcançado "na medida em que regras metódicas são reconhecidas e consequentemente seguidas por parte da jurisprudência" e dos operadores jurídicos em geral[94].

Essa situação tem especial relevância no Brasil, onde são pronunciadas quase diariamente decisões judiciais contraditórias, fato que não pode ser atribuído apenas às peculiaridades do sistema do controle difuso de constitucionalidade vigente no país. No próprio STF, que somente julga uma pequena parcela das lides em plenário e onde as decisões tomadas de forma monocrática, hoje, são a regra[95], aumentam os casos em que os diferentes ministros aplicam as mesmas leis de forma diversa a fatos praticamente iguais. Isso se deve, sobretudo, à pré-compreensão diferenciada sobre a solução justa dos problemas subjacentes às lides, o que leva a uma escolha altamente instável dos métodos concretos que o respectivo relator considera adequados para fundamentar o seu julgamento. O problema é que a referida pré-compreensão individual, que naturalmente varia, sofre pouca orientação e consolidação por parte da doutrina jurídica nacional sobre os métodos interpretativos, em que diferentes escolas se digladiam, sem causar, contudo, maiores efeitos em relação ao trabalho prático da aplicação do Direito.

Ainda que ninguém possa negar que restam sempre elementos irracionais no processo da tomada de decisões jurídicas, faz sentido esgotar ao máximo as possibilidades da argumentação racional. Isso leva à procura pela interpretação correta ao campo do raciocínio metódico, e assim contribui para o disciplinamento das valorações judiciais: considerações jurídicas são estruturadas por modelos de reflexão e divididas de acordo com pontos de vista racionais. "Aqui, os 'critérios de interpretação' afirmam-se como instrumentos argumentativos norteadores da discussão, como 'conceitos-chaves'

94 KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker&Humblot, 1976. p. 14.

95 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista DireitoGV**, n. 8, p. 407-440, p. 424, jul./dez. 2008.

que tornam acessíveis questões de interpretação e, por fim, de justiça, atribuindo-lhes um feitio conceitual específico, sem, contudo, conseguir solucioná-las plenamente"[96].

Para Müller[97], o abandono da ideia de métodos absolutos de interpretação não justifica bani-los do processo de concretização do Direito, sendo preferível reconhecer a sua legitimidade apenas relativa e a limitação de seu alcance, bem como utilizá-los em favor da racionalização e do controle na aplicação das leis. Os cânones, obviamente limitados em relação à sua objetividade, atuam em função de uma "simplificação construtiva" e estabilizadora que serve, sobretudo, para ordenar, verificar e discutir melhor os aspectos e pontos de vista jurídicos. Assim, as regras interpretativas clássicas não são corpos estranhos conectados à lógica formal, mas sempre têm funcionado na práxis jurídica como "siglas de determinadas linhas de análise, de determinados tipos de pontos de vista materiais". Como marcas no caminho da concretização do Direito, elas fomentam a produção de decisões plausíveis por meio da exposição racional das razões.

Uma reflexão atenta sobre as condições do ato de compreensão na área do Direito mostra que "os vínculos constituídos pelas regras, os métodos, os cânones de interpretação dos textos, a dogmática jurídica, a comunidade dos intérpretes e dos juristas, e a própria dimensão da textualidade, não podem jamais eliminar totalmente a discricionariedade"[98]. Não obstante, a função normativo-descritiva dos meios metódicos contribui para estruturar e conter os espaços de liberdade do intérprete.

Após séculos, a metodologia do Direito dispõe, hoje, de um arsenal muito rico de cânones e formas de raciocínio, isto é, de diretivas técnicas sobre a atribuição de sentido a enunciados normativos. O fato

96 ZIPPELIUS, Reinhold. **Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft**. Berlin: Duncker&Humblot, 1996. p. 401.

97 MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008. p. 77.

98 ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Compilação: Ana Messuti. Cizur Menor Navarra: Thomson Civitas, 2004. p. 273.

de que estes sempre deixam margens de avaliação não significa que não sejam úteis e não garantam alguma racionalidade. Eles marcam as etapas que o intérprete deve perpassar em seu raciocínio para poder formular e expor uma argumentação convincente a respeito das opções interpretativas escolhidas[99].

Ainda que a teoria da linguagem tenha acabado com a esperança de um conhecimento definitivamente assegurado na interpretação de textos normativos, os métodos jurídicos podem conferir uma "segurança relativa"[100]. Ressalte-se também que, embora juízes normalmente raciocinem a partir dos elementos metódicos jurídicos, eles dificilmente falam ou discutem sobre aqueles por eles concretamente empregados. Deste fato, deve ser separada a necessidade de convencer mediante argumentos: do juiz se espera que ele justifique o próprio resultado, não o uso de certos métodos[101].

HÁ UMA ESCOLHA DOS MÉTODOS A PARTIR DO RESULTADO DESEJADO? A INTERAÇÃO ENTRE A PRÉ-COMPREENSÃO INICIAL E A FUNDAMENTAÇÃO METÓDICA DA DECISÃO

Em todas as áreas científicas, o conceito do método assinala uma maneira planejada de agir que segue um procedimento anteriormente estabelecido, cujos critérios possuem validade geral e não se restringem apenas ao caso concreto. O resultado da investigação ou interpretação deve ser alcançado através do método; querer escolher este apenas posteriormente é sinal de arbítrio. Proceder metodicamente permite que outros possam recapitular e avaliar a formação do resultado. Justamente no raciocínio jurídico, o método e o resultado se relacionam

99 PAIVA, Raíi M. Sampaio de. **Entre o mestre, a quimera e o *iceberg***: da relação necessária entre métodos de interpretação e a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2022.

100 RÖHL, Klaus F.; Röhl, Hans C. **Allgemeine Rechtslehre**. Köln/München: Carl Heymanns, 2008. p. 609.

101 LEMBCKE, Oliver W. Urteilskraft in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts. *In*: GABRIEL, G.; GRÖSCHNER, R. (eds.). **Subsumtion**: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 86.

numa forma muito complexa, havendo uma dependência recíproca entre ambos no processo hermenêutico. Os métodos estruturam o processo de produção da decisão judicial e desoneram o juiz, visto que preexistem e não são criados para a solução de cada caso. Nisso jaz um considerável "potencial de racionalização", que beneficia não somente a fundamentação da decisão posterior, mas influencia o processo de reflexão sobre o próprio ponto de partida[102].

No entanto, o método ao qual o aplicador do Direito dará preferência no caso concreto será escolhido, muitas vezes, em decorrência de sua intuição ou de seu "sentimento jurídico" (alemão: *Judiz*; inglês: *hunch*), que lhe permite antecipar o resultado que considera o mais satisfatório[103]. De modo semelhante à norma, que só pode ser compreendida em relação ao suporte fático (e vice-versa), "o método apenas se deixa determinar já com vistas à sentença presumida".

Também há uma pré-compreensão na questão do método, marcada não apenas pelo esboço de um caminho à solução do caso, mas pela própria decisão final, antecipando-se, de certa forma, o conteúdo do Direito. Mais uma vez, o círculo hermenêutico se mostra inelutável: o método, embora deva ser algo pré-dado, não pode ser determinado sem que se tenha, desde o início, certa pré-compreensão da solução adequada do caso[104].

Não se nega que a fundamentação da decisão com base nos elementos metódicos tradicionais "tende a subverter a ordem psicológica do processo decisório"[105], uma vez que a adequada decisão sobre o caso normalmente já foi intuída e preconcebida – de forma mais ou menos nítida – em momento anterior pelo intérprete-aplicador. Não entendemos viável, porém, que o conteúdo das

102 Ibidem.

103 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1983. p. 145.

104 MASTRONARDI, Philippe. **Juristisches Denken**: eine Einführung. Bern usw.: Haupt (UTB), 2001. p. 177.

105 ARRUDA JR., Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcos Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o Direito. Florianópolis: Cesusc, 2002. p. 234.

pré-compreensões ocultas dos intérpretes teria de ser revelado para tornar mais transparentes as suas posições e os motivos pela oscilação da discricionariedade a partir de que decidem.[106]

Josef Esser, na sua obra *Pré-compreensão e escolha de método na obtenção do Direito* (1972) radicalizou esta visão sobre o processo decisório, chegando a afirmar que os intérpretes/aplicadores do Direito utilizam os métodos clássicos apenas para justificar formalmente – de acordo com as "regras de arte" da profissão jurídica – as decisões que eles já tomaram antes, na base de outros critérios, resultantes de sua subjetiva e intuitiva "pré-compreensão", que seria formada e alimentada por sua experiência profissional e convicção político-ideológica.[107]

Assim, o juiz daria sempre preferência ao critério metódico que sustente e legitime aquela interpretação que ele previamente identificou como a justa e materialmente mais adequada para o caso. Com isso, Esser afirma uma distinção rígida entre o momento do achamento (descoberta) da decisão e o da sua (posterior) fundamentação, à qual caberia a função de controle, realizada nos casos em que o juiz "abandona uma solução que a princípio anteviu, sempre que esta se não revele afinal como susceptível de fundamentação", situação que, porém, ocorreria apenas raramente, devido à "multiplicidade de possibilidades de interpretação" normalmente disponíveis[108]. O momento verdadeiramente decisivo seria, portanto, o do "controle

106 Os próprios autores enfatizam a complexidade da formação pré-compreensiva da subjetividade de um jurista, para que concorrem "concepções de teoria do direito, formação ética, conhecimentos sociológicos e filosóficos, crenças e convicções de variadas índoles, interesses imediatos, alinhamentos ideológicos, adesões a sistemas principiológicos e até aquelas razões mais idiossincráticas da história pessoal de cada um" (Arruda Jr.; Gonçalves, 2002, p. 240).

107 Essa visão crítica sobre a obtenção da decisão jurídica já foi defendida por Isay (1929), integrante da Escola do Direito Livre e, posteriormente, retomada por Luhmann (1966). Entretanto, Esser (1975, p. 555ss.) esclareceu que não pretendia suprimir a metodologia jurídica convencional, mas, pelo contrário, defendia que ela fosse levada mais a sério, porque fornece figuras argumentativas nas quais a plausibilidade dos contextos de justificação se torna consensual, pelo menos para os círculos jurídicos profissionais (cf. Röhl, 2013b, n. 11).

108 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997. p. 194.

teleológico da justeza do resultado" e da sua aceitabilidade na ordem social[109].

Devemo-nos lembrar, porém, que determinada prática exercida por parte dos juízes não a justifica. A metodologia jurídica é normativa: ela quer prescrever a forma de construção do resultado da interpretação do Direito, não apenas observar ou convalidar (maus) hábitos[110]. A vinculação dos tribunais (e outras instituições estatais) à lei exige deles uma interpretação que seja "metodicamente limpa" e cujo caminho se deixe recapitular e controlar. Portanto, a descoberta e a fundamentação da decisão não devem ser vistas como procedimentos opostos[111], mas momentos ligados e integrados por uma "dialética fina"[112].

No Estado de Direito, a ciência jurídica é definida principalmente pelos requisitos para a justificação argumentativa das decisões estatais, bem como pela apresentação de sua correição normativa, com o fim de legitimar o poder estatal. Seria equivocado ver essa exigência de apresentação no contexto de uma justaposição de "razões verdadeiras" – que efetivamente motivaram a tomada (ou o achamento) da decisão – e de uma "fachada argumentativa" e contentar-se com uma ciência jurídica que considera (quase) tudo justificável e espera que os operadores do Direito sejam, antes de tudo, "mestres de fachadas de apresentação"[113].

O método de interpretação referido pela autoridade para fundamentar uma decisão não impacta na sua validade; ela pode ser

109 JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva/FGV, 2014. p. 113.

110 DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. *In*: MACEDO JR., R.; BARBIERI, C. (org.). **Direito e interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232.

111 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1983. p. 85.

112 COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 48.

113 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft. *In*: SCHMIDT-ASSMANN, E.; HOFFMANN-RIEM, W. (eds.). **Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft**. Baden-Baden: Nomos, 2004. p. 21.

tomada, inclusive, por razões muito diferentes das que são invocadas para justificá-la[114]. No entanto, a indicação de um método jurídico reconhecido aumenta a legitimidade da sentença, isto é, o seu grau de aceitabilidade por parte dos interessados no processo e da comunidade jurídica em geral. Assim, a função retórica[115] da indicação de certo elemento metódico para justificar uma decisão é aumentar a sua força persuasiva em certo contexto (auditório); faz parte da racionalidade dialética, não da lógica.

A distinção entre a descoberta e a apresentação da decisão jurídica também é utilizada para questionar a própria capacidade dos cânones interpretativos. De fato, a justificativa (escrita ou oral) da decisão normalmente não deixa transparecer dúvidas sobre o resultado, tampouco menciona aqueles motivos que se acham fora dos padrões comuns da argumentação jurídica. Mesmo assim, é descabido presumir que a fundamentação da decisão se resuma a um "cinismo organizado, dedicado à ocultação dos motivos verdadeiros"[116]. A metodologia jurídica possui relevância para a descoberta da decisão, pois as necessidades representacionais delineadas nos elementos metódicos estão sempre psicologicamente presentes no processo de produção ("senso de justiça"). Neste sentido, a pré-compreensão pode ser vista como um "conhecimento sedimentado"[117].

Qualquer "argumentação a partir do resultado" deve ser metodicamente vinculada, transparente e consistente. A escolha do método prevalecente não pode ser arbitrária, meramente subjetiva ou intuitiva, mas necessita de fundamentação racional. Em grau maior ou menor, o resultado influencia o método em todas as ciências, cujo

114 TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. **Opinião Jurídica**, n. 8, p. 280-300, p. 291, 2006.

115 ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do Direito**: retórica realista, argumentação e erística. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 45.

116 Röhl, Klaus F.; Röhl, Hans C. **Allgemeine Rechtslehre**. Köln/München: Carl Heymanns, 2008. p. 610.

117 RÖHL, Klaus F. **Grundlagen der Methodenlehre II:** Rechtspraxis, Auslegungsmethoden, Kontext des Rechts. 2013b. Disponível em: http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/ inhaltsverzeichnis/19-beitraege/77-methodenlehre2. Acesso em: 10 de jun 2025.

conhecimento está sujeito à adequação do método ao objeto, o que se revela apenas por meio da experiência. Não parece, portanto, exagerado afirmar que é o próprio objeto que determina os meios mediante os quais ele se torna acessível ao sujeito. Ademais, a ciência jurídica está condicionada pela relação entre o método e o conteúdo material das normas vigentes. É preciso que o método e o resultado "se refiram um ao outro por meio de argumentos, para que eles se determinem mutuamente"[118]. O processo de interpretação necessita como pontos de apoio de diferentes métodos, que sejam "controláveis em pequenos passos"[119].

Ricoeur[120] diferencia os momentos da compreensão e da explicação, que representam as fases de um único processo interpretativo, unidos por uma "dialética correlativa". A inicial "captação ingênua de sentido do texto", chamada de conjectura, é seguida por "um modo sofisticado de compreensão apoiada em procedimentos explicativos". Embora não haja regras para fazer boas conjecturas, existem métodos para validar as efetivamente realizadas, operando-se uma "transição da conjectura para a explicação". Nessa visão, o próprio círculo hermenêutico é formado pela conjectura e pela validação "enquanto abordagem subjetiva e objetiva ao texto". A lógica da validação permite "girar entre os limites do dogmatismo e do ceticismo", sendo "sempre possível argumentar a favor de ou contra uma interpretação, confrontar interpretações, arbitrar entre elas e procurar um acordo [...]".

O círculo hermenêutico se estende ao âmbito da escolha dos métodos jurídicos: somente se saberá qual elemento metodológico ganha maior importância para o caso concreto, no momento quando se afere quanto ele contribui para a sua solução. Os elementos metódicos tradicionais não desoneram o intérprete de efetuar uma

118 MASTRONARDI, Philippe. **Juristisches Denken**: eine Einführung. Bern usw.: Haupt (UTB), 2001. p. 179.

119 MÜLLER, Friedrich; Christensen, Ralph. **Juristische Methodik** – Band 1. Grundlagen Öffentliches Recht. Berlin: Duncker&Humblot, 2002. p. 222.

120 RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação**. O discurso e o excesso de significação. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 83.

valoração do conjunto; eles fixam, contudo, "trilhos de guia" em que ele deve orientar a sua atuação e critérios segundo os quais pode ser avaliado o seu resultado. São aspectos norteadores do processo interpretativo, cujo peso pode variar bastante em cada caso. O próprio método jurídico deve ser entendido como o "esforço de motivar uma pré-compreensão num modo intersubjetivamente controlável". Este processo de justificação metodicamente orientado corrige a pré-compreensão de um modo que esta se deixa legitimar com base no Direito material[121].

O intérprete-aplicador do Direito normalmente não achará a decisão justa através de um acesso direto a princípios ou razões "últimas", senão mediante um avanço gradual, no qual ele busca primeiro o sentido correto das regras legais possivelmente incidentes. As regras metódicas demarcam certos passos ou degraus do raciocínio interpretativo, os quais, contudo, não podem ser omitidos, sob pena de que aspectos importantes sejam esquecidos. "Tal procedimento passo a passo permite uma comprovação racional, mesmo quando aí são necessários com frequência juízos de valor"[122].

Assim, a hipótese inicial de um possível significado "se deixa corrigir por sucessivas hipóteses que ajustam, melhoram e substituem a originária", o que acaba modificando a própria "expectativa de significado" do intérprete. Por isso, a tão citada pré-compreensão "tem um valor limitado ao momento heurístico da busca da hipótese de solução e representa somente uma parte (preparatória) da prática jurídica"[123].

No mesmo sentido, Häberle[124] sublinha que a pré-compreensão não é fator unilateral para determinar a escolha dos elementos

121 MASTRONARDI, Philippe. **Juristisches Denken**: eine Einführung. Bern usw.: Haupt (UTB), 2001. p. 174, 182.

122 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997. p. 211.

123 VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2007. p. 188.

124 HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. *In*: **Verfassung als öffentlicher Prozess**. Berlin: Duncker&Humblot, 1978. p. 79.

metódicos da interpretação jurídica, uma vez que "os métodos retroagem em direção à pré-compreensão: eles a ensinam e formam no decorrer do tempo, tanto pelos resultados que causam concretamente quanto por sua atuação em conjunto". Para o autor, a pré-compreensão encontra a sua correspondência dialética na "pós-compreensão" (*Nachverständnis*); ele enfatiza a importância da dimensão temporal para a compreensão da norma, que "é aberta para ambos os lados (fins) e, ao mesmo tempo, 'dirigida'".

Uma visão mais cética do Direito pode vislumbrar nos métodos jurídicos mera parte do edifício teórico criado pelos normativistas em torno da hermenêutica jurídica, fruto de sua "crença na racionalidade, herdada do legalismo"[125]. Entretanto, a perspectiva retórica do Direito age de forma precipitada quando condena a metodologia clássica por sua pretensa "técnica de fundamentação de fachada". Não há desonestidade no ato do intérprete que se vale de um estilo descritivo para fundamentar sua decisão como se ela fosse resultado de um processo objetivamente norteado e livre de valorações próprias ou dúvidas. Antes, tal procedimento deve ser visto como forma refletida de apresentação que segue as regras de arte da retórica, integrada também por instruções da metodologia oficial. As "lendas de origem" (da decisão) que são narradas dessa forma representam meios imprescindíveis de interpretação que facilitam a compreensão do Direito[126].

Nesse diapasão, Ross[127] observa que "graças a uma técnica de argumentação que foi desenvolvida como ingrediente tradicional da administração da justiça, o juiz aparenta que, por meio de várias conclusões, sua decisão pode ser deduzida da verdadeira interpretação da lei". Destarte, "o juiz atribui cortesmente à vontade real ou hipotética

125 ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do Direito**: retórica realista, argumentação e erística. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 120.

126 LAUNHARDT, Agnes. Methodenlehre aus rechtsrethorischer Perspektive: Abschied von der Normativität? *In*: KRAWIETZ, W.; Morlok, M. (eds.). **Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag.** Berlin: Duncker&Humblot, 2001, p. 153.

127 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2003. p. 169, 179, 183.

do legislador tudo aquilo que ele julga correto", sendo preciso que ele saiba "justificar tecnicamente, mediante argumentos interpretativos, a solução jurídica que considera justa ou desejável". O autor deixa claro que, ainda que tais argumentos técnicos não revelem as verdadeiras razões da decisão, "a função dos métodos de interpretação é estabelecer limites à liberdade do juiz na administração da justiça, os quais determinam a área de soluções justificáveis".[128]

Os clamores por uma maior honestidade e completude da fundamentação das decisões jurídicas, na verdade, se referem menos à documentação completa do processo de sua produção do que ao cumprimento de um esquema coerente de justificação que corresponda ao ideal de razoabilidade. Este não é apenas observado quando fundamentações são apresentadas nos moldes da aplicação dedutiva da lei, mas também quando elas se apoiam numa análise dos efeitos da decisão, ou no atendimento a regras discursivas. A aceitabilidade e a força de convencimento da respectiva fundamentação dependem da capacidade do intérprete de repassar à comunidade jurídica uma imagem da decisão que se enquadre bem no ambiente técnico específico das ideias de ordenamento e das expectativas dos interessados na decisão[129].

Longe das exageradas expectativas de uma racionalidade plena, torna-se possível reconhecer os bons serviços prestados pela metodologia jurídica tradicional e desenvolver perspectivas para o seu melhoramento. O relativo sucesso desse padrão "pouco realista" de aplicação do Direito se deve ao fato de que a "'lenda de origem' do

128 Em relação à metodologia *eclética* da jurisdição constitucional alemã pós-guerra, Kriele (1976, p. 50) presume que tenha sido uma "estreiteza irrealista inerente à própria teoria das regras de arte e dos procedimentos lógicos que acabou libertando o juiz, em virtude de uma desconsideração das necessidades práticas". O autor compara a situação com a canalização de um rio, que somente é viável mediante a construção de um novo leito suficientemente largo para conduzi-lo; caso o leito seja estreito demais, o rio transbordará as margens, com a consequência da perda total do controle sobre as suas águas.

129 LAUNHARDT, Agnes. Methodenlehre aus rechtsrethorischer Perspektive: Abschied von der Normativität? *In*: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (eds.). **Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag.** Berlin: Duncker&Humblot, 2001. p. 154.

modelo de subsunção exige e promove um jeito de fundamentação que representa vinculação à lei e à objetividade". Os problemas de valoração e interpretação que surgem no caso concreto não são superados mediante um recurso direto a interesses, ao bem comum, à justiça ou aos prováveis efeitos da decisão, pois necessitam da "inclusão conceitual em premissas na forma de frases, as quais, por sua vez, devem achar o seu lugar de acordo com catálogos de topoi e esquemas de prova já estabelecidos"[130].

MÉTODOS JURÍDICOS E ARGUMENTAÇÃO INTERPRETATIVA: UMA IMBRICAÇÃO INSOFISMÁVEL

No contexto da interpretação jurídica, argumentar significa fornecer razões "que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou, pelo menos discutível"[131]. Para Alexy[132], os cânones interpretativos, ainda que não garantam que o julgador de um caso chegue através deles ao único resultado correto, são mais do que apenas topoi, "direções de perguntar" ou meros "instrumentos de legitimação secundária de uma decisão tomada e fundamentada de outra maneira". Como específicas formas argumentativas, eles caracterizam a própria estrutura da argumentação jurídica, isto é, a gramática do seu discurso. O autor alega que o "requisito de saturação dos cânones" assegura a racionalidade de seu emprego, de modo que não basta a mera afirmação de que determinada interpretação resulte do teor linguístico de uma lei, de sua origem ou de seu fim. Sempre é necessário indicar "premissas empíricas ou normativas cuja verdade ou retidão a qualquer momento pode ser objeto de novas discussões".

Nessa linha, os cânones interpretativos são vistos como "a sequência metódica de degraus do raciocínio jurídico que é mais

130 Idem, p. 155.

131 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997. p. 212.

132 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 231.

adequada à lei", estabelecendo uma medida mais firme para aferir considerações tópicas, associativas, orientadas pelos efeitos da decisão no caso concreto, norteados pelo sentimento jurídico. O uso desses aspectos metódicos na interpretação não consegue evitar as indeterminações do Direito, mas logra efeito em diminuí-las. Na prática, os cânones mais importantes são integrados nos diferentes modos ou "jogos" de argumentação, havendo uma combinação entre modos de raciocínio tradicionais e teórico-argumentativos. Somente o discurso racional abre os caminhos para uma teoria moderna de justiça, cujo resultado "é um sistema móvel de boas razões" (A. Peczenik)[133].

É importante formular o trato de questões jurídicas como um problema de argumentação racional, e não de um "conhecimento correto". O principal ponto fraco da tradicional Metodologia do Direito – e razão por inúmeras, acertadas críticas – está na sua recusa a abdicar desta "pretensão cognitiva" de maneira convincente. Nos espaços que ultrapassam a cognição não reinam, necessariamente, decisionismo e arbitrariedade, uma vez que as decisões devem ser racionalmente fundamentadas[134].

Assim, a visão tradicional da interpretação jurídica como um esquema fixo ou "pressuposto algoritmo metódico" foi superada pelo entendimento de que ela deve procurar sempre os "modos metodologicamente específicos" para enfrentar o desafio da realização do Direito através de uma interpretação não apenas semântica, mas, antes de tudo, prático-normativa e problemático-concreta, que produza decisões corretas e justas para solucionar os problemas de casos concretos[135].

A estrutura da interpretação jurídica é intimamente ligada à argumentação e representa um espaço "entre vínculo e liberdade,

133 RAISCH, Peter. **Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung**. Heidelberg: C. F. Müller, 1988. p. 70.

134 Neumann, Ulfrid. **Recht als Struktur und Argumentation**. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 241.

135 CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 106, 127.

entre rigidez e flexibilidade, entre o exercício do risco e da fidelidade; é processo dialético entre, por um lado, a lógica do provável e do razoável e, por outro, a lógica do necessário e do construtivo"[136]. Assim, pode-se dizer que os métodos interpretativos formam um "andaime flexível de argumentação"[137].

Dependendo dos fatos e das normas incidentes, a utilização de cada regra metódica pode fornecer argumentos de força bastante diferenciada: um pode falar em favor de determinada solução, outro contra. Somente uma ponderação entre estes argumentos metódicos pode levar a uma decisão racional e bem justificada. É claro que a capacidade de convencimento de um argumento neste contexto interpretativo depende largamente dos diversos interesses e das intuições morais culturalmente preestabelecidas[138].

A argumentação jurídica não é mero elemento da metodologia do Direito, mas cumpre uma tarefa própria que ultrapassa o emprego dos métodos. Na forma da "fala arrazoada", a argumentação pode ser considerada a chave de garantia da correição/retidão de decisões. Ela expressa uma profunda mudança de perspectivas em relação à metodologia jurídica tradicional, pois a fundamentação não é mais vista como "explicação da aplicação" do Direito, mas como a sua própria aplicação[139].

A sua questão central é a pergunta pelos "parâmetros normativos intersubjetivamente válidos" que podem ser racionalmente identificados e legitimamente introduzidos no processo da produção do Direito. Além das normas positivadas, estes parâmetros incluem também razões, fins ou motivos legais, a *ratio legis*, a avaliação dos

136 ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Compilação: Ana Messuti. Cizur Menor Navarra: Thomson Civitas, 2004. p. 276.

137 BRUGGER, Winfried. Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze. **Archiv des öffentlichen Rechts** (AöR), Bd. 119, Tübingen: Mohr, p. 1-34, 1994. p. 31.

138 COING, Helmut. **Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik**. Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag, 1959. p. 23.

139 SCHMITT-GLAESER, Alexander. **Vorverständnis als Methode**: eine Methodik der Verfassungsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung U.S.-amerikanischen Rechtsdenkens. Berlin: Duncker&Humblot, 2004. p. 143.

interesses pelo legislador, suas valorações, os princípios jurídicos e gerais, a natureza das coisas, etc.[140]

Para Rottleuthner[141], é a característica (e problemática) da argumentação jurídica que nela se usa uma pletora de "instâncias argumentativas", isto é, empíricas, normativas, hermenêuticas e descritivas de conceitos. A plausibilidade é alcançada menos por uma estrita dedução lógico-formal de normas legais do que pela apresentação dessas instâncias e a (aparente) orientação metódica do intérprete na sua identificação. Em qualquer argumentação, já é pressuposto o consenso sobre normas: do ponto de vista lógico, elas fundamentam a comunicação, podendo ser questionadas apenas de forma fictícia ou abordadas por teóricos da argumentação. Assim, o sincretismo metodológico, tão temido por Kelsen, seria o próprio elemento do trabalho de justificação na área do Direito, com o fim de tornar um julgamento plausível e tirá-lo da aparência de um mero "decreto silogístico".

Quem nega ser possível arrazoar objetivamente a retidão de decisões jurídicas em virtude da multiplicidade de ideias subjetivas divergentes sobre "o correto" não está à altura da práxis argumentativa do Direito, que sempre pressupõe – e, em face das próprias expectativas dos endereçados, deve pressupor – uma "pretensão de correição/retidão" objetiva. Os céticos nutrem uma visão inadequada da retidão de decisões por ligar a este conceito expectativas que ultrapassam de longe aquilo que se pode esperar no contexto de um pensamento decisório. Este jamais terá por objeto uma correção absoluta e comprovada, mas apenas uma justificada, que pretende convencer mais do que as opiniões alternativas colocadas.

Apesar de sua pluralidade e da avançada positividade de seu Direito, as sociedades modernas também funcionam na base de um âmbito não questionado de suposições básicas e experiências comuns

140 BYDLINSKI, Franz. **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**. Wien; N. York: Springer, 1982. p. 183.

141 ROTTLEUTHNER, Hubert. **Richterliches Handeln –** Zur Kritik der juristischen Dogmatik. Frankfurt a.M.: Fischer Athenäum, 1973. p. 253.

de sentido, a partir das quais os esforços por uma correição/retidão objetiva de decisões jurídicas podem se orientar e estruturar. Além disso, há um largo espectro entre, num lado, argumentos autoevidentes e, no outro, razões polêmicas, o que permite a formação de convicções graduais[142].

Popper[143] mostrou que uma mera "intuição intelectual", resultado de repetidas experiências de pessoas que por meio delas geraram um sentimento para entender determinadas coisas, não serve para fundamentar a verdade de qualquer ideia ou tese, independentemente da intensidade com que o pesquisador julgue algum resultado "autoevidente". Essas intuições podem somente incentivar a procura por argumentos, o que leva tanto a descobertas quanto a fracassos. A ciência, na visão do filósofo, não pergunta como alguém chegou a seus resultados, mas apenas se interessa pelos argumentos capazes de ser analisados e questionados por qualquer um que tenha conhecimentos suficientes na respectiva matéria.

Em geral, observa-se um deslocamento do interesse de uma metodologia jurídica como teoria da decisão correta em direção a uma teoria da argumentação jurídica como disciplina que se ocupa dos padrões de uma justificação correta. A própria prática jurídica, hoje em dia, costuma discutir intensivamente as questões polêmicas, muitas vezes com referência às opiniões divergentes na doutrina, sendo a decisão tomada na base de argumentos. Assim, o fundamento da *auctoritas* cede lugar à *veritas*: o ideal perseguido na argumentação jurídica é a legitimidade por meio da verdade, no sentido de retidão ou correção[144].

A motivação da sentença do juiz, aqui entendida como cristalização da argumentação jurídica, deve mostrar que a decisão é correta, mas não serve para provar que o julgador a tomou em virtude de

142 GARRN, Heino. **Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen**. Stuttgart: Franz Steiner, 1986. p. 78.

143 POPPER, Karl R. **Karl Popper Lesebuch**. Hrsg.: David Miller. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 77.

144 NEUMANN, Ulfrid. **Recht als Struktur und Argumentation**. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 78.

motivações corretas, que podem ser pessoais, corporativas, políticas, religiosas, etc. A função da justificação "é garantir a transferibilidade intersubjetiva e a controlabilidade dos resultados do pensamento, por qualquer meio que se tenha realmente chegado a eles"[145].

Valem somente os fundamentos pronunciados, não as razões internas: uma sentença baseada em argumentos fracos não se torna melhor em razão dos motivos nobres do juiz. Igualmente, uma decisão convincentemente arrazoada não perde vigor por ser fruto da atitude política ou religiosa do julgador. A argumentação jurídica não serve para revelar os "verdadeiros" motivos que nortearam o processo interno da decisão, mas para aportar razões convincentes para que seja aceita intersubjetivamente[146].

O MODELO METÓDICO DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PROPOSTO POR HUMBERTO ÁVILA

No Brasil, a mais sofisticada proposta de organização metódica da interpretação jurídica foi apresentada por Ávila[147], que analisou, a partir do Direito Tributário, os diferentes critérios no contexto de uma teoria da argumentação, distinguindo entre os argumentos institucionais imanentes, formados pelos linguísticos e sistemáticos (inclusive jurisprudenciais), os institucionais transcendentes (históricos e genéticos) e os argumentos não institucionais, práticos (econômicos, políticos, etc.).

Enfatizando que se trate de um "projeto móvel de agrupamento segundo o fundamento de cada argumento", cujas nuanças só se revelariam no ato de interpretação, o autor afirmou que haveria diferentes etapas de argumentação, sendo lícito recorrer à próxima

145 LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1995. p. 51.

146 NEUMANN, Ulfrid. **Recht als Struktur und Argumentation**. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 87.

147 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, p. 157-180, mar. 2001. p. 170.

apenas "se a anterior for insuficiente para a justificação da interpretação". A primeira etapa seria formada pelos argumentos linguísticos e sistemáticos, cuja superação é condicionada à demonstração de que há razões suficientes para suplantar a sua força justificativa; neste caso, o intérprete passaria para a etapa dos argumentos históricos e genéticos e, em seguida, para os práticos[148].

Trata-se de um modelo que, inspirado em autores como Alexy[149], Bydlinski[150] e Looschelders/Roth[151], foca na interação e na valoração dos argumentos utilizados na interpretação, cujo peso é definido a partir dos elementos essenciais da ideia do Direito (justiça, segurança jurídica, adequação) e dos princípios constitucionais. A força justificativa concreta de um argumento depende de sua sustentação por valores constitucionalmente constituídos, que são expressos, sobretudo, nos princípios imanentes ao Estado de Direito, como a separação dos poderes e o princípio democrático. Nesta linha, o autor sugere a formulação de regras *prima facie* de prevalência dos argumentos interpretativos que podem ser vencidas por razões contrárias devidamente fundamentadas[152].

Posteriormente, Ávila voltou a se referir aos argumentos linguísticos, histórico-evolutivos, genéticos, finalísticos, sistemáticos e consequencialistas, contudo, sem afirmar uma prevalência *prima facie* entre eles. Em vez disso, enfatiza que toda interpretação envolve uma "escolha estruturada por métodos, baseada em argumentos e fundada em teorias", expostos ou não na decisão. Assim, o intérprete escolheria entre argumentos metódicos, doutrinas interpretativas

148 Ibidem.

149 ALEXY, Robert. Juristische Interpretation. *In*: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, p. 77.

150 BYDLINSKI, Franz. **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**. Wien, N. York: Springer, 1982. p. 553.

151 LOOSCHELDERS, Dirk; ROTH, Wolfgang. **Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung**: zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung. Berlin: Duncker&Humblot, 1996. p. 192.

152 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, p. 157-180, mar. 2001. p. 175.

(ex.: objetivista, em vez de subjetivista) e entre formas de justiça (ex.: justiça geral, em vez de particular), o que faz com que a interpretação jurídica seja "sempre intermediada por processos discursivos que envolvem atividades decisórias e criativas"[153].

Ao mesmo tempo, o autor gaúcho sublinha que não basta o intérprete identificar a "função gramatical e lógica dos vocábulos ou da estrutura sintática das disposições legais", sendo "necessárias conjecturas a respeito da relação entre as normas e as intenções, os efeitos, os fins e os bens jurídicos a que elas fazem referência". Para interpretar estes elementos extratextuais seria preciso "desenvolver relações, baseadas em raciocínios probabilísticos, conjecturais e de verossimilhança". Nessa linha, o significado normativo deve ser construído "ou em face dos elementos pressupostos pelos dispositivos ou delimitando o âmbito de aplicação em razão de estados de coisas e bens jurídicos pressupostos pelas normas"[154].

Para Ferreira Neto[155], essa "reconfiguração da moldura teórica" na teoria de Ávila representa uma verdadeira ruptura paradigmática que permite separar o projeto de argumentação jurídica do autor em duas fases (HA1 e HA2), visto que ele teria abandonado a posição de atribuir importância primordial aos argumentos institucionais, isto é, aos critérios metódicos mais diretamente ligados ao Direito Positivo vigente, em virtude de sua (pretensa) "maior capacidade de objetivação". Com essa mudança, o intérprete jurídico teria passado, na teoria de HA2, "a atuar de modo ativo, propositivo e transformador, podendo agir sobre o material cognitivo pertinente ao direito (textos, fatos, costumes, finalidades e efeitos)". Assim redefinido, o modelo seria capaz, inclusive, de "dar conta de diferentes jogos interpretativos e argumentativos (descritivo, construtivo, reconstrutivo, decisório e

153 ÁVILA, Humberto. Função da ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 29, p. 181-204, 2013.

154 Idem, p. 189.

155 FERREIRA NETO, Arthur M. Teoria da argumentação em Humberto Ávila: uma análise crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 41, p. 499-552, 2019.

criativo), desenvolvendo distintos métodos e critérios de prevalência para esses"[156].

De qualquer forma, vale frisar que Ávila[157] entende ser imprescindível fundamentar mais racionalmente as decisões jurídicas, inclusive para combater as notórias arbitrariedades judiciais no Brasil, e defende a restauração do conceito da objetividade, corolário do princípio da legalidade. Para ele, qualquer aplicação objetiva do Direito requer o emprego de uma técnica baseada na interpretação teleológica, sistemática, genética e histórica, com uso da analogia, de argumentos linguísticos, jurisprudenciais e consequencialistas.

Essa objetividade não teria de ser semântica (que se refere a algo), mas "metodológica ou discursiva em que as regras da prática argumentativa (...) sejam conhecidas e transparentes"; em outras palavras, algo que "não se encontra", antes "se produz"[158]. Assim, o intérprete, ainda que não consiga perseguir a objetividade semântica, sempre deve "buscar a objetividade discursiva, tanto mais presente, quanto mais racional, coerente e consistente for o uso dos métodos, dos argumentos e das doutrinas que condicionam a sua interpretação"[159].

Infelizmente, o interessante modelo interpretativo de Ávila teve pouca repercussão na doutrina jurídica brasileira que permanece em verdadeiro estado de apatia metodológica, sobretudo no que diz respeito à correta aplicação da legislação ordinária.

156 Idem, p. 533.

157 ÁVILA, Humberto. Palestra no painel Da interpretação da lei à interpretação do Direito nas decisões judiciais. *In*: CUEVA, R. (coord.). **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CNJ, 2014B, p. 69.

158 Idem, p. 74.

159 ÁVILA, Humberto. Função da ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 29, p. 181-204, 2013.

À GUISA DE CONCLUSÃO: A NECESSÁRIA RELEITURA DO SIGNIFICADO DOS CÂNONES INTERPRETATIVOS

Na base do exposto, chegamos à conclusão de que os cânones clássicos da metodologia jurídica, embora não garantam resultados certos ou verdadeiros, representam importantes meios de apoio ao trabalho jurídico. Reconhecer este fato pode levar a uma problematização e utilização mais racional desses elementos tradicionais de interpretação, que devem ser entendidos menos como regras metodológicas determinantes do que como orientações e exortações que apontam em direção de determinadas perguntas, já que elas mesmas deixam em aberto quando e como devem ser utilizadas num caso concreto. A metódica jurídica fornece um leque de aspectos e fórmulas que ajudam a estruturar melhor o processo de interpretação, tornando-o racionalmente controlável[160].

As regras metódicas são "instâncias argumentativas pouco problemáticas"[161], porém dificilmente pronunciadas de forma expressa; parte dos operadores jurídicos não as emprega de maneira consciente. Mesmo assim, elas existem, formando uma condição conceitual do respectivo campo científico. Está enganado quem pensa que a teoria do Direito pode fornecer ao pesquisador um aparato metódico acabado que garanta a segurança para alcançar sempre resultados corretos. Na verdade, o treinamento metódico do operador do Direito leva a nada mais do que à sua crescente autocompreensão, à consciência no uso das normas metodológicas que norteiam a teoria jurídica e à reflexão sobre estas[162].

Hoje, são muitos os que consideram os tradicionais recursos metodológicos da interpretação (especialmente os cânones)

160 KOLLER, Peter. **Theorie des Rechts**: eine Einführung. Wien usw.: Böhlau Verlag, 1997. p. 211.

161 ROTTLEUTHNER, Hubert. **Richterliches Handeln –** Zur Kritik der juristischen Dogmatik. Frankfurt a.M.: Fischer Athenäum, 1973. p. 30.

162 AARNIO, Aulis. **Denkweisen der Rechtswissenschaft**: Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung. Wien - New York: Springer, 1979. p. 6.

argumentos utilizados no debate jurídico para alcançar a convicção ou a persuasão dos participantes[163]. Nesse raciocínio, os cânones "são basicamente recursos de justificação, e sua utilização deve ser examinada considerando-se a interpretação no Direito como um processo de decisão em que cabe distinguir decisões racionalmente fundamentadas de decisões arbitrárias"[164]. Não existe uma verdade ou "correição objetiva" jurídica fora do procedimento metódico de interpretação; a decisão correta é aquela fundamentada de acordo com os cânones: muitas vezes além deles, mas nunca sem eles. O que, no fundo, vale é a "completude da reflexão e argumentação no processo interpretativo"[165].

Os quatro elementos interpretativos "estruturam uma parte daquelas figuras argumentativas, por meio das quais produzimos – pelos menos para o círculo dos juristas – a capacidade de consenso para a plausibilidade de concatenações justificativas". A aceitação tão boa desses critérios na prática dos profissionais do Direito durante séculos se deve também ao fato de que os argumentos neles condensados realmente são importantes. Por isso, os esforços de aportar argumentos materiais plausíveis e o questionamento crítico continuam tendo grande relevância para a apresentação metodológica da decisão judicial nos moldes clássicos[166].

Admitindo a impossibilidade de uma objetividade absoluta na interpretação do Direito, a hermenêutica moderna pretende submeter o raciocínio jurídico a um controle intersubjetivo. Nessa tentativa, os cânones não constituem regras para a prescrição de determinado procedimento metodológico, mas tão somente apontam os tópicos

163 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Interpretación e argumentación jurídica**. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004. p. 51.

164 VERNENGO, Roberto J. Interpretación del Derecho. *In*: GARZÓN VALDÉS, E.; LAPORTA, F. (eds.). **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 254.

165 KAUFMANN, Arthur. Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik. *In*: KAUFMANN, A. (ed.). **Rechtstheorie:** Ansätze zum einem kritischen Rechtsverständnis. Karlsruhe: C. F. Müller, 1971. p. 102.

166 ESSER, Josef. Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs. **Juristenzeitung** (JZ), Tübingen, p. 555-558, 1975. p. 555.

que devem ser considerados no processo interpretativo. Por isso, a diferença entre metódica e arte na hermenêutica jurídica é mais gradual (quantitativa) do que qualitativa[167].

Sem dúvida, os elementos metódicos tradicionais também já têm servido para camuflar os verdadeiros motivos de inúmeras decisões tomadas por órgãos públicos. Todavia, tais críticas não retiram o seu valor argumentativo na produção de sentenças, petições e pareceres. Os elementos metódicos do Direito não são panaceia, nem comparáveis aos métodos das ciências exatas; são ferramentas, canais de raciocínio e esquemas de argumentação racional, e como tais devem ser respeitados e estudados, inclusive no Brasil.

167 GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen. **Rechtstheorie**, Berlin, n. 18, p. 344-367, 1987. p. 350.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Denkweisen der Rechtswissenschaft**: Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung. Wien - New York: Springer, 1979.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do Direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do Direito**: retórica realista, argumentação e erística. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

AFTALIÓN, Enrique; Vilanova, José. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München: Karl Alber, 2005.

ALEXY, Robert. Juristische Interpretation. *In*: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995. p. 71-92.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARNIM, Hans Herbert von; BRINK, Stefan. **Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz**: Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik. Speyer: Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, 2001.

ARRUDA JR., Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcos Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o Direito. Florianópolis: CESUSC, 2002.

ATHAYDE, Mariana Aires. **Desmistificando a ideia de limite literal:** uma abordagem teórica antiessencialista das facetas e funções da literalidade no discurso jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Alagoas (Ufal), Maceió, 2021.

ÁVILA, Humberto. Ciência do Direito Tributário e discussão crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014a.

ÁVILA, Humberto. Palestra no painel Da interpretação da lei à interpretação do Direito nas decisões judiciais. *In*: CUEVA, R. (coord.). **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CNJ, 2014b. p. 69-75.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, p. 157-180, mar. 2001.

ÁVILA, Humberto. Função da ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 29, p. 181-204, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2025.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRUGGER, Winfried. Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze. **Archiv des öffentlichen Rechts** (AöR), Bd. 119, Tübingen: Mohr, p. 1-34, 1994.

BVERFG – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha). Decisão de 17.05.1960, publicada em BVerfGE n. 11, p. 126ss. (130).

BYDLINSKI, Franz. **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**. Wien, N. York: Springer, 1982.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Berlin: Duncker&Humblot, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009.

CATÃO, Adrualdo. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2015.

COING, Helmut. **Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik**. Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag, 1959.

DIAS, Daniel. **Metodologia de resolução de casos jurídicos**. São Paulo: RT, 2023.

DIEDRICHSEN, Uwe. Methodenlehre und praktische Jurisprudenz. *In*: IMMENGA, U. (ed.). **Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung**. Göttingen: Otto Schwartz, 1980. p. 17-31.

DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. *In*: MACEDO JR., R.; BARBIERI, C.

(org.). **Direito e interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213-242.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1983.

ESSER, Josef. Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs. **Juristenzeitung** (JZ), Tübingen, p. 555-558, 1975.

ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung**. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis. Frankfurt a.M.: Athenäum Fischer, 1972.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA NETO, Arthur M. Teoria da argumentação em Humberto Ávila: uma análise crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 41, p. 499-552, 2019.

FORSTHOFF, Ernst. **Zur Problematik der Verfassungsauslegung**. Stuttgart: Kohlhammer, 1961.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Interpretación e argumentación jurídica**. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.

GARRN, Heino. **Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen**. Stuttgart: Franz Steiner, 1986.

GAST, Wolfgang. Recht als *ius argumentandi*. *In*: BALLWEG, O.; SEIBER, T.-M. (eds.). **Rhetorische Rechtstheorie**. Freiburg/München: Karl Alber, 1982. p. 297-320.

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen. **Rechtstheorie**, n. 18, p. 344-367, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional –** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. *In*: AUTORIA. **Verfassung als öffentlicher Prozess**. Berlin: Duncker&Humblot, 1978. p. 59-92.

HAGER, Günter, **Rechtsmethoden in Europa**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Erscheinungsformen des modernen Rechts**. Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 2007.

HAVERKATE, Görg. **Gewißheitsverluste im juristischen Denken**. Zur politischen Funktion der juristischen Methode. Berlin: Duncker&Humblot, 1977.

HERBERT, Manfred. **Rechtstheorie als Sprachkritik**: zum Einfluß Wittgensteins auf die Rechtstheorie. Baden-Baden: Nomos, 1995.

HOCHHUT, Martin. Methodenlehre zwischen Staatsrecht und Rechtsphilosophie. *In*: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (eds.). **Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag**: ein Bruch zwischen Theorie und Praxis? Berlin: Duncker&Humblot, 2001. p. 227-238.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft. *In*:

SCHMIDT-ASSMANN, E.; HOFFMANN-RIEM, W. (eds.). **Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft**. Baden-Baden: Nomos, 2004. p. 9-72.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva/FGV, 2014.

KAUFMANN, Arthur. Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik. *In*: KAUFMANN, A. (ed.). **Rechtstheorie –** Ansätze zum einem kritischen Rechtsverständnis. Karlsruhe: C. F. Müller, 1971. p. 81-102.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito –** Vol. II. Coimbra: Arménio Amado, 1962.

KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividad semántica en la argumentación jurídica. Trad.: Francisco J. Campos Zamora. Madrid: Marcial Pons, 2017a.

KLATT, Matthias. Juristische Hermeneutik. *In*: HILGENDORF, E.; JOERDEN, J. (eds.). **Handbuch Rechtsphilosophie**. Stuttgart: Metzler, 2017b. p. 224-230.

KOLLER, Peter. **Theorie des Rechts**: eine Einführung. Wien usw.: Böhlau Verlag, 1997.

KRELL, Andreas J.; MAIA, Vítor Mendonça. A racionalidade na interpretação e aplicação do Direito: do desafio kelseniano ao desafio dos bons argumentos. **Opinião Jurídica**, n. 32, p. 85-116, set./dez. 2021.

KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker&Humblot, 1976.

KUHLEN, Lothar. Wertfreiheit in der Jurisprudenz? (Diskussionsbeitrag). *In*: HILGENDORF, E.; KUHLEN, L. **Die**

Wertfreiheit in der Jurisprudenz. Heidelberg: C. F. Müller 1999. p. 33-35.

LADEUR, Karl-Heinz. Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels. **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht** (RabelZ), Tübingen, Bd. 64, p. 60-103, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUNHARDT, Agnes. Methodenlehre aus rechtsrethorischer Perspektive: Abschied von der Normativität? *In*: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (eds.). **Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag.** Berlin: Duncker&Humblot, 2001, p. 141-157.

LEMBCKE, Oliver W. Urteilskraft in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts. *In*: GABRIEL, G.; GRÖSCHNER, R. (eds.). **Subsumtion**: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 73-107.

LOOSCHELDERS, Dirk; ROTH, Wolfgang. **Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung**: zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.

MADEIRA FILHO, Wilson. O hermeneuta e o demiurgo: presença da alquimia no histórico da interpretação jurídica. *In*: BOUCAULT, C.; RODRIGUEZ, J. (org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45-100.

MAGALHÃES, Juliana N. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. *In*: BOUCAULT, C.; RODRIGUEZ, J. (org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-158.

MASTRONARDI, Philippe. **Juristisches Denken**: eine Einführung. Bern usw.: Haupt (UTB), 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MEDINA, Diego Lopes. Hermenêutica e linguagem na teoria do direito. *In*: MACEDO JÚNIOR, R.; BARBIERI, C. H. (org.). **Direito e interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155-192.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHAELS, Ralf. The functional method of Comparative Law. *In*: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford University Press, 2008, p. 339-382.

MORLOK, Martin. Die vier Auslegungsmethoden – was sonst? *In*: GABRIEL, G.; Gröschner, R. (eds.). **Subsumtion**: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 179-214.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008.

MÜLLER, Friedrich; Christensen, Ralph. **Juristische Methodik** – Band 1. Grundlagen Öffentliches Recht. Berlin: Duncker&Humblot, 2002.

NEUMANN, Ulfrid. Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation. *In*: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (eds.). **Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 239-255.

NEUMANN, Ulfrid. **Recht als Struktur und Argumentation**. Baden-Baden: Nomos, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.

PAIVA, Raíi M. Sampaio de. **Entre o mestre, a quimera e o *iceberg***: da relação necessária entre métodos de interpretação e a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2022.

PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**: doutrina e jurisprudência do STF e do STJ. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

POPPER, Karl R. **Karl Popper Lesebuch**. Hrsg.: David Miller. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

RAISCH, Peter. **Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung**. Heidelberg: C. F. Müller, 1988.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação**. O discurso e o excesso de significação. Lisboa: Edições 70, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: FGV Editora, 2013.

RÖHL, Klaus F. **Grundlagen der Methodenlehre I**: Aufgaben und Kritik. 2013a. Disponível em: http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/neue-beitraege/19-beitraege/78-methodenlehre1. Acesso em: 10 jun 2025.

RÖHL, Klaus F. Grundlagen der Methodenlehre II: Rechtspraxis, Auslegungsmethoden, Kontext des Rechts. 2013b. Disponível em: http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/ inhaltsverzeichnis/19-beitraege/77-methodenlehre2. Acesso em: 10 jun 2025.

RÖHL, Klaus F.; Röhl, Hans C. **Allgemeine Rechtslehre**. Köln/München: Carl Heymanns, 2008.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2003.

ROTTLEUTHNER, Hubert. **Richterliches Handeln –** Zur Kritik der juristischen Dogmatik. Frankfurt a.M.: Fischer Athenäum, 1973.

RÜTHERS, Bernd. **Rechtstheorie**: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. München: C. H. Beck, 1999.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. Berlin: Veit, 1840.

SCHELSKY, Helmut. **Die Soziologen und das Recht**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980.

SCHILD, Wolfgang. Juristische Methode als Mittel der politischen Macht. *In*: HORN, N. (ed.). **Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart**. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag – Band I. München: C. H. Beck, 1982. 413-432.

SCHMITT-GLAESER, Alexander. **Vorverständnis als Methode**: eine Methodik der Verfassungsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung U.S.-amerikanischen Rechtsdenkens. Berlin: Duncker&Humblot, 2004.

SEELMANN, Kurt. **Rechtsphilosophie**. München: C. H. Beck, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, V. A. (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2023.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

STRAUCH, Hans-Joachim. Theorie-Praxis-Bruch – aber wo liegt das Problem? *In*: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (eds.). **Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag.** Berlin: Duncker&Humblot, 2001. p. 197-209.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. Rio: Renovar, 2006.

TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 8, p. 280-300, 2006.

VELASCO, Rogelio L.; GUTIÉRREZ, Lucila C. **Las diretivas de interpretación jurídica**. México: Fontamara, 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista DireitoGV**, n. 8, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VERNENGO, Roberto J. Interpretación del Derecho. *In*: GARZÓN VALDÉS, E.; LAPORTA, F. (eds.). **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 239-265.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2007.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao Direito – I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1994.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Compilação: Ana Messuti. Cizur Menor Navarra: Thomson Civitas, 2004.

ZAMORA, Francisco J. Campos. Das **Problem der Begründung richterlicher Entscheidungen**: eine Analyse auf der Grundlage der Theorie der juristischen Argumentation. Berlin usw.: Peter Lang, 2021.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft**. Berlin: Duncker&Humblot, 1996.

3. DIREITOS HUMANOS, FEMINISMOS E A PROTEÇÃO DAS MULHERES: CONTRIBUIÇÕES PARA UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO A PARTIR DE UMA ANÁLISE DO CASO CAMPO ALGODOEIRO VS. MÉXICO

Elita Isabella Morais Dorvillé de Araújo
Olga Jubert Gouveia Krell

INTRODUÇÃO

As perspectivas de proteção dos direitos humanos é um aspecto importante na análise dos caminhos percorridos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para a efetivação desses direitos. Nesse sentido, o estudo da efetividade desses direitos, seus fundamentos e para quem foram dirigidos podem nos permitir que sejam levadas em consideração questões históricas, filosóficas, sociológicas e econômicas que refletem diretamente aspectos regionais importantes para a construção dos direitos humanos em cada sistema internacional de proteção em particular.

No entanto, para que possamos partir para uma análise concreta da efetividade desses direitos em cada sistema de proteção em específico, com destaque aqui para o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, ao qual iremos nos referir ao longo deste trabalho, é necessária uma análise que possa, efetivamente, romper com os universalismos hegemônicos de análise e, assim, avançar para as particularidades que compõem cada região. Esse processo, no entanto, é bastante complexo e requer daqueles/as que estão nas trincheiras da defesa intransigente de direitos humanos na América Latina, ou como diria Lélia Gonzalez (2020), Améfrica Ladina, rupturas ainda mais profundas de análise dos direitos humanos.

Acredito que o desafio de defender direitos humanos e, particularmente, como operadores/as do direito de fato

comprometidos/as com essa defesa, é ainda maior quando destacamos a defesa daqueles/as subalternizados/as e invisibilizados/as por uma perspectiva de direitos humanos hegemônica e eurocêntrica. Falo especificamente aqui da esfera de proteção dos direitos humanos das mulheres e da afirmação de sua dignidade humana.

Trazendo a esfera de análise para nossa América Latina, falo da afirmação da dignidade humana pautada na diversidade étnica e cultural de mulheres que não couberam nos discursos da modernidade hegemônica eurocêntrica de afirmação desses direitos. Falar de direitos humanos para as mulheres, na esfera de proteção deste continente, de nossa latinidade marcada por profundos processos de violência colonial, patriarcal e racial, requer dos/as operadores/as do direito um compromisso com a decolonialidade e com teorias feministas que, de fato, reflitam nossa diversidade e, assim, possam servir caminhos teóricos que possibilitem traçar uma práxis de defesa real dos direitos humanos das mulheres.

Nesse sentido, partindo de uma breve análise das características de um caso paradigmático para a Corte Interamericana de direitos humanos, o caso Campo Algodoeiro vs México, procurarei analisar questões importantes para o estudo de feminicídios na América Latina, buscando traçar perspectivas que marcam a origem histórica do conceito de feminicídio, além de particularidades que devem ser levadas em consideração no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos. A intenção é, principalmente, deixar evidente que o fenômeno do feminicídio na América Latina possui particularidades que vão para além da norma jurídica e o gênero não deve ser isolado nas considerações desse fenômeno.

As contribuições neste capítulo partem, em especial, de uma profunda inquietação com o isolamento do gênero nas análises de decisões judiciais que levam a violência feminicida para uma compreensão quase que exclusiva da esfera privada, retirando, mais uma vez, a violência de gênero dos espaços públicos de análise, fechando esses fenômenos nos espaços domésticos das relações sociais, perspectiva que as teorias feministas tanto vêm combatendo

no seu ativismo e nas suas contribuições teóricas. Aqui, procurarei também problematizar as teorias feministas e as perspectivas de direitos humanos que tratam corpos subalternos de formas hegemônicas e, assim, refletir sobre Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano.

O CASO CAMPO ALGODOEIRO VS MÉXICO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Ao fazer uma breve síntese da história dos direitos humanos a partir da construção da ONU e dos principais tratados internacionais de defesa desses direitos, Eugênio Raúl Zaffaroni (2023) retrata que a história de sua construção a partir de saberes técnicos e tradicionais do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos vai sempre pressupor essa construção como algo "sabido ou como certo, que sofre de ausências narrativas"[1]. É sabido e é certo porque afirmado por quem deteve o poder econômico e, particularmente, exerceu o papel de colonizador. A ausência narrativa aqui, portanto, marca um hegemonismo da história ocidental, especificamente da visão europeia de mundo na afirmação histórica de direitos humanos. Assim, as narrativas elencadas por um sistema eurocêntrico de análise dos direitos humanos partem, necessariamente, da certeza de que suas perspectivas são as verdadeiras, **universais**, e, ainda, o ponto de partida da história.

Ao se referir a essas ausências narrativas na construção da história dos direitos humanos, nos Estados que exercem o poderio econômico/político e continuamente ferem a dignidade humana, Zaffaroni (2023) chama a atenção para o que ele denomina de "Patrimônio Cultural Criminoso da humanidade", designando assim a conivência/cumplicidade quando não a responsabilidade direta dos Estados com as mortes, aniquilamentos e negação de direitos humanos, com

1 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Colonialismo e direitos humanos:** apontamentos para uma história criminosa do mundo. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 17.

destaque para os processos de colonialismo profundamente violentos da América Latina. É de se destacar que, para o autor, esse Patrimônio Cultural Criminoso da humanidade se traduz na violência colonial, com fundamento também no patriarcado e no racismo e que a negação de direitos humanos na América Latina passa por profundos processos de hierarquização social para a manutenção do poder do sistema capitalista nessa região. Portanto, o colonialismo e sua manutenção são um fio condutor imprescindível para a compreensão das violações de direitos humanos em nosso território, como expressa Zaffaroni:

> [...] A reafirmação e o aprofundamento do patriarcado e da misoginia e as discriminações de gênero, que implicam a direta subumanização de mais da metade da espécie, foram um pressuposto indispensável do colonialismo, pois sem uma forte hierarquização social não poderia se empreender nenhuma iniciativa dessa natureza. Por sua vez, o racismo também foi necessário para ordenar hierarquicamente o pessoal das sociedades que explorava e legitimar o roubo de meios de pagamento e matérias primas de povos distantes[2].

No que se refere à violência contra as mulheres e à proteção dos direitos humanos, seus estudos passam, necessariamente, pela análise das contribuições das teorias e do ativismo feminista na conformação desses direitos. No que se refere ao feminicídio, em especial na América Latina, as contribuições do ativismo feminista foram fundamentais para a conformação desse conceito no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, o que fica evidente no caso Campo Algodoeiro vs México.

O caso Campo Algodoeiro vs México, também conhecido como caso Ciudad Juarez, reconhece, pela primeira vez no campo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o conceito de feminicídio, ou

2 Idem, p. 26.

seja, os assassinatos de mulheres em decorrência da sua condição de gênero. Nesta cidade, que faz fronteira com os Estados Unidos, ocorreram, em especial entre os anos de 1993 e 2007[3], uma série de desaparecimentos e mortes de mulheres.

Embora a decisão da Corte esteja necessariamente lastreada nas mortes de três mulheres, as jovens Cláudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, sendo duas delas, importante destacar, menores de idade, a decisão reconhece o desaparecimento e morte de mulheres que ocorreram naquela região desde, pelo menos, 1993 (Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso "Campo Algodonero" v. México, 2009). Além disso, a decisão também incluiu como vítimas do Estado familiares das mulheres assassinadas em decorrência da negligência estatal na garantia de sua proteção e acesso à justiça (Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso "Campo Algodonero" v. México, 2009).

Reconhecendo que a ordem patriarcal do Estado é funcional para o capitalismo, a antropóloga Rita Segato (2022) vai destacar em suas análises que as raízes históricas dessa ideologia no passado colonial da América Latina atravessam o momento presente com os avanços do neoconservadorismo e do neoliberalismo, se reatualizando na contemporaneidade[4]. Segundo a autora, a violência do Estado sempre foi uma constante, mesmo, supostamente, em momentos de paz e estabilidade social, explicitando que a América latina "nunca deixou de conviver com altos níveis de violência e morte, e com o recurso permanente e cíclico às ações repressivas do Estado ao longo de sua história"[5].

3 É importante destacar que a Corte Interamericana não irá precisar, ao longo de sua decisão, o número exato de mortes de mulheres ocorridas naquela cidade, isso porque a sentença da Corte irá recair, especificamente, sobre as mortes de três mulheres: as jovens Cláudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, sendo duas delas menores de idade.

4 SEGATO, Rita. **Cenas de um pensamento incômodo:** gênero, cárcere e cultura em uma visada decolonial. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo. 2022. p. 45.

5 Idem, p. 46.

Para o reconhecimento do fenômeno do feminicídio na América Latina a partir do caso Ciudad Juarez, as teorias e contribuições do ativismo feminista não levaram apenas em consideração as questões referentes ao gênero. Rita Segato (2022) irá dizer que a misoginia não explica por si só as condições a que são submetidas aquelas mulheres, que eram sequestradas, torturadas, violentadas sexualmente e posteriormente assassinadas, sendo seus corpos abandonados em campos de algodão da cidade. Segato vai além ao destacar a necessidade de dessexualizar ou remover a libido do caso de Ciudad Juarez[6], expressão que utiliza para falar do contexto da violência sexual que permeia as mortes das mulheres naquela cidade.

O que significa, nas palavras da autora, remover a libido? Significa reconhecer que existem outros fatores, tão importantes quanto as questões relacionadas ao gênero que, necessariamente, irão contribuir para a morte daquelas mulheres. Assim, a autora diz que os crimes contra as mulheres naquela cidade expressam um "crime de poder, de apropriação, de controle territorial, à medida que é também um controle de corpos"[7]. A autora se debruça, portanto, sobre os aspectos sociais, políticos e econômicos que colocam aquelas mulheres em situação de vulnerabilidade, destacando o avanço do neoliberalismo em uma região de fronteira que precariza as relações de trabalho, aprofunda as desigualdades sociais e culmina com o consequente avanço do crime organizado, especialmente o tráfico de pessoas, o tráfico de drogas, o tráfico de armas e a lavagem de dinheiro, em conivência com o Estado. As mortes de mulheres naquela região são formas de dizer que a cidade, ou melhor, aquele território, tem dono[8].

É possível reconhecer as características regionais e a situação de vulnerabilidade daquelas mulheres na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que responsabilizou o Estado mexicano? Sim,

6 Idem, p. 20.
7 Ibidem.
8 Idem, p. 21.

é possível, inclusive aspectos regionais, políticos e econômicos são destacados na decisão da Corte, como é possível descrever abaixo:

> Ciudad Juárez está localizada no norte do Estado de Chihuahua, exatamente na fronteira com El Paso, Texas. Sua população é de mais de 1.200.000 habitantes. Caracteriza-se por ser uma cidade industrial onde se desenvolveu de maneira particular a indústria maquiladora e o trânsito de migrantes, mexicanos e estrangeiros. O Estado, bem como diversos relatórios nacionais e internacionais, faz menção a uma série de fatores sociais que convergem em Ciudad Juárez, como as desigualdades e a proximidade da fronteira internacional, que contribuíram ao desenvolvimento de diversas formas de crime organizado, como o narcotráfico, o tráfico de pessoas, o tráfico de armas e a lavagem de dinheiro incrementando assim os níveis de insegurança e violência[9].

A decisão da Corte, no entanto, ainda não consegue refletir como esses aspectos se entrelaçam na vida daquelas mulheres e como são fundamentais para a negação de direitos humanos porque conduzem as mulheres não apenas a uma situação extrema de vulnerabilidade, mas porque o avanço do neoliberalismo, particularmente de uma visão de globalização neoliberal excludente em uma região de fronteira, impede o exercício da cidadania dessas mulheres e as mantém à margem, despidas de sua humanidade.

Sendo assim, é importante que as decisões da Corte, assim como todas as discussões que se inserem no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos não isolem as questões de gênero nos espaços privados, na esfera doméstica das relações de gênero e rompam com a dualidade entre público e privado. Romper com essa

9 CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos:** caso Gonzalez et al. "Campo Algodonero" v. México. 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt. Acesso em: 08 Abr. 2022.

dualidade significa entender que a violência de gênero e, no caso de Ciudad Juarez, o sequestro, o estupro, a tortura e o assassinato massivo de mulheres ao longo dos anos se traduzem em uma *política patriarcal* para a manutenção do poder econômico naquela região. Esse aspecto é importante para a compreensão da constituição das democracias nos Estados latinos e de como as mortes de mulheres e os feminicídios em Juarez refletem bem isso, vai muito além dos espaços domésticos. Assim, quando a dualidade entre público e privado não é problematizada, "as relações de poder na esfera privada não são computadas na compreensão de como os indivíduos se tornaram quem são e dos limites desiguais para atuarem, individual e coletivamente"[10].

A violência colonial que constituiu a formação do território latino imprime sua marca na democracia desses Estados; isso é possível de compreender na história e dinâmica de regimes autoritários, nos altos índices das mais diversas formas de violência, e na profunda desigualdade social. Tudo isso aliado à concentração de poder e à prevalência de interesses econômicos e políticos, os quais irão incidir, sem dúvidas, principalmente sobre as mulheres e de formas variadas[11].

DIREITOS HUMANOS, DECOLONIALIDADE E TEORIAS FEMINISTAS: CONTRIBUIÇÕES INICIAIS PARA A COMPREENSÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Quando Ciudad Juarez é destacada como um exemplo das dinâmicas de aprofundamento das desigualdades sociais, políticas e econômicas da globalização neoliberal, que provoca rupturas nos modos de viver naquela região, somos apresentados a uma "relação direta entre capital e morte, entre acumulação e concentração

10 BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades:** os limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 11.

11 Idem, p. 173.

desreguladas"[12] que impõe o sacrifício de mulheres pobres, racialmente marginalizadas, imigrantes, trabalhadoras precarizadas das indústrias de maquilarias, em uma simbiose concreta entre economia monetária, economia simbólica e poder de morte[13] que define a negação de direitos humanos para as mulheres.

Ao demarcar quem são as mulheres de Juarez, as teorias feministas que rompem com os hegemonismos de gênero, em uma virada decolonial, contribuem para a construção de uma perspectiva de direitos humanos que em muito podem contribuir para o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Portanto, uma proposta decolonial de feminismo é o caminho apontado especialmente pelas teorias feministas do sul global.

Françoise Vergès, em *Um feminismo decolonial,* irá dizer que o feminismo de política decolonial possui como ancoragem a história das lutas e resistências a escravidão[14]. Trata-se, portanto, de uma política de conformação de direitos humanos para as mulheres que possam reumanizá-las e que tenham suas experiências históricas como fundamento. Se o objetivo, portanto, é reumanizar, com fundamento nas experiências coletivas das mulheres, os olhares decoloniais para casos como o de Juarez permitem uma mudança substancial de análise para verificar seus processos de subalternização e suas mortes, como uma tentativa de manter um *status quo* **patriarcal e racista**, indo, de fato, a fundo nas complexidades que envolvem a interseccionalidade de gênero, raça, classe e sexualidade na contemporaneidade. É, nas palavras de Vergès, um feminismo que "faz uma análise multidimensional da opressão e se recusa a enquadrar raça, sexualidade e classe em categorias que se excluem mutuamente"[15]. Uma teoria feminista dos direitos humanos que, contrária ao hegemonismo eurocêntrico, se opõe à abstração do

12 SEGATO, Rita. **Cenas de um pensamento incômodo:** gênero, cárcere e cultura em uma visada decolonial. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2022.

13 Ibidem.

14 VERGÈS, Françoise. **Um feminismo decolonial**. São Paulo: Ubu Editora, 2020. p. 49.

15 Idem, p. 47.

conceito de universalidade dos direitos humanos para reconhecer e reafirmar a diversidade.

Os avanços dos estudos das teorias feministas no último período na América Latina vêm demonstrando a importância de conceitos que, como diria María Lugones (2020), rompem com a **colonialidade de gênero**[16]. No que se refere ao caso Campo algodoeiro vs México, os estudos de Marcela Lagarde (2005), entendendo as demandas das mulheres na América Latina e, principalmente, sua localização histórica, definem o feminicídio como um crime de Estado e aproxima esse conceito ao crime de genocídio (2005), ao estabelecer o histórico de violências contra as mulheres no continente e a ausência e cumplicidade do Estado como um crime contra a humanidade. A perspectiva de mulheres como Lagarde, antropóloga e ativista feminista, não apenas alargou a compreensão desse fenômeno, como contribuiu para o avanço de seu reconhecimento na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos[17].

A partir da necessidade de afirmação dos direitos humanos para as mulheres e sua dignidade humana, em específico na América Latina, Marcela Lagarde vai denominar o feminicídio como o conjunto de violações aos direitos humanos das mulheres que contêm os crimes e desaparecimentos de mulheres, sendo esses identificados como crimes contra a humanidade[18]. Lagarde (2008) afirma, colocando em destaque as contradições e falhas do Estado em promover uma

16 LUGONES, María. **Colonialidade e gênero**. *In:* HOLLANDA, H. B. de (org.). **Pensamento feminista hoje**. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2020. p. 00-00.

17 É importante destacar que a antropóloga Marcela Lagarde atuou como perita no caso Campo Algodoeiro vs México na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Marcela Lagarde definiu, em seus estudos, o feminicídio como crime de Estado, um conceito para uma compreensão histórica desse fenômeno na América Latina e, como destacado, aproximou esse conceito ao de genocídio. No entanto, é importante dizer que não há um consenso entre as teorias feministas sobre a aproximação teórica entre esses conceitos. Considero a análise de Lagarde particularmente interessante para uma compreensão histórica, política e decolonial do fenômeno.

18 LAGARDE, Marcela. **El feminicidio, delito contra la humanidade**. In: feminicidio, justicia y derecho. Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas com los feminicidios em la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada, 2005.

vida sem violência para as mulheres, que "o feminicídio é genocídio contra as mulheres e ocorre quando as condições históricas geram práticas sociais que permitem atentados violentos contra a integridade, a saúde, a liberdade, e a vida de meninas e mulheres"[19]. Embora inserido no contexto do caso Juarez e sua discussão na Corte Interamericana de Direitos Humanos, os estudos de Lagarde e do conjunto de contribuições das teorias feministas na América Latina já acompanhavam e denunciavam o que ocorria naquela região há bastante tempo, e suas investigações foram fundamentais para que, pela primeira vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecesse esse fenômeno.

Flávia Piovesan (2014) irá lembrar, ao discutir os impactos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos na América Latina, assim como os tratados de direitos humanos que irão compô-lo, que o nosso sistema regional nasce em um contexto de grande desafio para a sua própria afirmação, pois a região latino-americana é "caracterizada por um elevado grau de exclusão e violência ao qual se somam democracias em fase de consolidação"[20], por isso, como democracias ainda frágeis em muitos aspectos, convivem com as "reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição ao respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico"[21].

A legitimidade gradativa do Sistema Interamericano, mesmo diante de toda essa complexidade, é uma realidade e apresenta uma importante relevância, embora ainda seja um desafio complexo. No que se refere ao caso Campo Algodoeiro vs México, Flávia Piovesan vai dizer que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de fazer referência, pela primeira vez em uma decisão da

19 Ibidem.

20 PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 6, n. 2, p. 142-154, julho-setembro 2014.

21 Ibidem.

Corte, ao conceito de feminicídio, vai condenar o Estado mexicano e responsabilizá-lo internacionalmente sob o argumento de que a omissão do Estado é um fator que contribui fundamentalmente para a violência de gênero e a discriminação contra as mulheres[22]. Para uma prática decolonial, porém, as questões que sustentam a violência contra a mulheres encontram seu alicerce no colonialismo, no patriarcado e no racismo que são inerentes à formação da América Latina.

As experiências das mulheres da América Latina na conformação dos direitos humanos, além de compor uma crítica necessária, encerram em si a percepção de que "toda teoria feminista é política, na medida em que é fundante, no feminismo, a compreensão de que os limites convencionais da política são insuficientes para apreender sua dinâmica real"[23]. Nesse sentido, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece o feminicídio enquanto fenômeno social, acaba por exprimir que "as relações de gênero atravessam toda a sociedade, e seus sentidos e seus efeitos não estão estritos às mulheres"[24]. É, possível, portanto, a partir das experiências concretas que as teorias feministas trouxeram para o caso Ciudad Juarez, pensar em perspectivas importantes para o que se denomina de Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano.

Se o controle de convencionalidade significa a necessidade de uma compatibilização entre o ordenamento jurídico interno de um determinado Estado com as normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos, com o objetivo de procurar uma harmonia concreta entre o ordenamento internacional e o ordenamento interno, é importante frisar que essa compatibilização e harmonia precisam levar em consideração não apenas a norma, mas o próprio conteúdo das decisões da Corte.

22 Ibidem.

23 MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política:** uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 8.

24 Ibidem.

E sobre o conteúdo das decisões da Corte, se pautado em uma atenção às experiências concretas das mulheres, como exige o caso Campo Algodoeiro vs México, passa necessariamente por uma visão contemporânea dos direitos humanos e do controle de convencionalidade, tendo como consequência um novo modo de pensar não só os direitos, mas o próprio direito constitucional como um todo, em um cenário que demanda e exige dos/as operadores/as do direito um alargamento da visão tradicional das relações entre os Estados e o Direito Internacional de proteção dos direitos humanos[25]. Trata-se, portanto, de uma experiência concreta de constitucionalismo e proteção multinível de direitos humanos que, no caso da proteção das mulheres, ganha novas dimensões e contornos com as contribuições dos feminismos decolonial.

CONCLUSÃO

O presente capítulo procurou, a partir de uma análise da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Campo Algodoeiro vs México, procurar entrelaçar a importância das contribuições das teorias feministas, passando por uma perspectiva decolonial de análise, a importância de se pautar as discussões por dentro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a partir das experiências concretas das mulheres.

Nesse sentido, procurou-se traçar como as perspectivas feministas que pautam a crítica ao hegemonismo europeu e a abstração da universalidade são importantes para as discussões, no Sistema Interamericano, de uma perspectiva de proteção dos direitos humanos das mulheres que estabeleça, de fato, a diversidade como ponto de partida para as considerações em torno da violência de

25 FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica Do Direito**, v., n. 1, p. 53-68, 2021. Disponível em: https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26. Acesso em: 14 Mai. 2022.

gênero, levando em conta a interseccionalidade de gênero, raça, classe e sexualidade.

As experiências concretas das mulheres, a partir da crítica decolonial, podem representar novas formas de se levar em consideração a conformação dos direitos humanos na América Latina, sua construção histórica e as possibilidades para a sua aplicabilidade e, no caso em concreto em análise, o caso Campo Algodoeiro vs México, as características regionais, econômicas, sociais e políticas, que refletem as condições violentas dos processos de colonização, irão incidir diretamente na afirmação da dignidade humana dessas mulheres e na defesa dos direitos humanos, o que deve ser analisado com mais profundidade nas decisões da Corte que pautem as diversas formas de violência contra as mulheres.

Ainda, é importante uma ruptura, na esfera de discussão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, da dualidade entre público e privado nas discussões que pautem gênero a fim de não isolar o gênero nas dinâmicas de discussão das formas de violência contra as mulheres, o que propõe, de fato, os feminismos decoloniais.

As discussões de uma política de gênero que entendam a diversidade como um componente que irá se opor à abstração homogênea e eurocêntrica da universalidade de direitos humanos é fundamental para o Controle de Convencionalidade, não apenas porque parte de um parâmetro de análise crítico aos direitos humanos, mas porque coloca as decisões da Corte como uma referência importante de análise do Controle de Convencionalidade, se distanciando de uma visão tradicional de harmonia entre o ordenamento internacional e o ordenamento nacional, o que representa um passo importante para uma proteção multinível de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades:** os limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: caso Gonzalez *et al.* 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt. Acesso em: 08 Abr. 2022.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica Do Direito**, v. 1, n. 1, p. 53-68, 2021.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**: ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

LAGARDE, Marcela. **El feminicidio, delito contra la humanidade**. In: feminicidio, justicia y derecho. Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas com los feminicidios em la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada, 2005.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. *In:* HOLLANDA, Heloisa Buarque de (Org.). **Pensamento feminista hoje**.. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2020. p. 51-81.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política:** uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 6, n. 2, p. 142-154, julho-setembro 2014.

SEGATO, Rita. **Cenas de um pensamento incômodo:** gênero, cárcere e cultura em uma visada decolonial. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2022.

SEGATO, Rita. Território, soberania e crimes de segundo Estado: a escritura nos corpos das mulheres de Ciudad Juarez. **Estudos Feministas**, v. 13, n. 2, p. 256, maio/ago./2005.

VERGÈS, Françoise. **Um feminismo decolonial**. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

Y DE LOS RIOS. Marcela Lagarde. Antropología, feminismo y políticaviolencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. *In.:* BULLEN, Margaret Louise; MINTENGUI, María Carmen Díez (Coord.). **Retos teóricos y nuevas prácticas**. Local: editora, 2008. P. 209-240.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Colonialismo e direitos humanos:** apontamentos para uma história criminosa do mundo. Rio de Janeiro: revan, 2023.

4. DECISÃO DE PRONÚNCIA E RACIONALIDADE DO JULGAMENTO

Rosmar Rodrigues Alencar

INTRODUÇÃO

A pronúncia do acusado por crime doloso contra a vida é um dos atos judiciais que reúnem mais idiossincrasias. A técnica de sua elaboração deve ter um fito compatível com o garantismo penal. Nesse contexto, este capítulo vem a lume no momento em que se aposenta o ministro Celso de Mello, reconhecido por importante produção de acórdãos que significaram avanço na proteção de direitos humanos fundamentais.

No que concerne à decisão de pronúncia, o homenageado relatou julgado que avivou parte de seus trilhos, quando explicou que aquela "deve ser sucinta, exatamente para evitar que a apreciação exaustiva do *thema decidendum* culmine por influenciar os próprios integrantes do Conselho de Sentença, que são os juízes naturais dos réus acusados e pronunciados por crimes dolosos contra a vida".

Em acréscimo, o apontado acórdão elucidou que "o juízo de delibação subjacente à decisão de pronúncia impõe limitações jurídicas à atividade processual do órgão judiciário de que emana". Não pode afetar o ânimo dos jurados, tampouco emitir juízo desfavorável ao réu.

Em outra dicção, ao pronunciar o réu, o juiz "não poderá – sob pena de ofender o postulado da igualdade das partes e de usurpar a competência do Tribunal do Júri – analisar, com profundidade, o mérito da causa nem proceder à apreciação crítica e valorativa das provas colhidas ao longo da persecução penal"[1].

1 STF – Segunda Turma – HC 113091 – Rel. Min. Celso de Mello – publicado em: 25 nov. 2013.

Nesse cenário, o presente estudo parte da hipótese da necessidade de uma racionalidade da pronúncia que tenha a força de alijar o risco de condenação indevida de um imputado, pelo tribunal popular, em face da desnecessidade de fundamentação dos votos dos jurados.

FUNDAMENTO

O critério tópico, enquanto localização do instituto no ordenamento jurídico, é um dos vetores que orientam a interpretação. O júri é instituição permanente situada no art. 5º, inciso XXXVIII, da CF. Dessa constatação, é plausível considerá-lo como limite ao exercício do poder punitivo estatal. Vale dizer, as regras que conformam o júri devem ser entendidas como insertas no catálogo dos direitos de primeira geração.

Esse fundamento é estratégico, isto é, cuida-se de alicerce estrutural ou mediato, de sobrenível, aplicável aos conteúdos imediatos que disciplinam o júri. Nessa senda, a análise deve migrar da delimitação nuclear do direito processual penal, que afirma o reconhecimento da instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados os princípios: (1) da plenitude de defesa; (2) do sigilo das votações; (3) da soberania dos veredictos; e (4) da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Nesse contexto, a ênfase deve ser para o confronto entre o sistema acusatório, depreendido de dispositivos contemplados na Constituição, não somente em seu art. 5º, mas também nos seus arts. 93, inciso IX, e 129, inciso I. Publicidade, ampla defesa, plenitude de defesa, contraditório, fundamentação judicial, juiz natural, ao lado da divisão bem demarcada de funções, são caracteres daquele sistema.

Decerto, é inato ao princípio acusatório o direito a um processo contornado pela possibilidade de controle epistêmico do julgamento. Por outro lado, em uma primeira aproximação, o sigilo das votações, que sufraga o sistema da íntima convicção ou da certeza moral do julgador, seria refratário a parâmetros lógicos ou fundados na razão.

No seio desse sistema, o júri deve ser aparelhado com técnicas que garantam: (1) racionalidade do julgamento pelos jurados[2], malgrado a incidência da convicção íntima; (2) maior possibilidade de defesa (plenitude), considerando se cuidar de garantia individual fundamental[3]; (3) otimização de vias absolutórias, com incidência do *favor rei*, e com arrimo em princípios como o da legalidade estrita e da proibição de pensamento analógico com propósitos punitivos.

ORDENAMENTO E SISTEMA

O júri deve ser compreendido como parte integrante de um sistema. O repertório de enunciados hauridos do direito positivo deve casar, como um quebra-cabeça, quando construído o percurso sistemático. Vale dizer, as disposições do júri, consignadas no ordenamento jurídico, devem produzir sentido quando interpretadas.

A semântica do sistema é alcançada por meio da identidade da fonte estatal (mesmidade ou unidade), da não contradição (coerência ou compatibilidade) e da completude (integridade ou evitação de meio termo). Dessa forma, o que se produz, sob a ótica do constructivismo lógico-semântico[4] deve, de um lado, ter justificativa em texto de direito positivo (ordenamento) e, de outro, ser interpretado em compasso com os valores do sistema acusatório (sistema).

RACIONALIDADE

Mas, qual seria o vetor epistemológico diante de um julgamento tomado a partir das votações dos jurados? Em outros termos, é cediço que o jurado é a pessoa leiga juramentada. Seus votos não são

2 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 393 *et seq*.

3 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2006. p. 55.

4 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2013. p. 223-224.

fundamentados, e as votações são sigilosas. Como assegurar adequação do julgamento à razão humana? Isto é, como garantir que as decisões dos jurados se conformem com o pensamento correto (lógica) e com os parâmetros cognitivos (ciência)?

A compreensão de um objeto parece depender de uma objeção. Esse método é binário, no sentido de que o entendimento decorre de noção como a da oposição entre a positividade e a negatividade, ou entre a presença e a ausência. Nesse diapasão, a opinião é, não raramente, confrontada com a ciência: a primeira, entabulada no vocábulo *doxa*; a segunda, no termo *episteme*.

A análise da decisão dos jurados sugestiona que ela se situa no campo da *doxa*, da opinião. Se visualizada de forma isolada, a conclusão seria de que o julgamento pelos jurados poderia imunizar condenação irracional, sem lastro em juízo certeza ou sem o atendimento das regras da lógica[5]. Sobre o ponto, vale frisar que o júri está catalogado entre os direitos individuais fundamentais protetivos da liberdade do indivíduo contra o poder de arbítrio do estado[6]. É instituição de controle do poder punitivo.

Como o julgamento é o coroamento da morfologia do procedimento penal, no enlace entre a estrutura comum que estampa nexos, que se repetem, entre antecedente e consequente normativo, a garantia de racionalidade do júri deve se aninhar à fase da instrução preliminar (juízo de admissibilidade ou *judicium accusationis*). O ápice dessa etapa é a decisão de pronúncia, notadamente quando seguida de sua preclusão.

O controle de permeabilidade, relativamente ao *status* do imputado, é elemento relevante à logicidade, considerando os sucessivos degraus desde a eclosão do fato até o encerramento da primeira fase do procedimento escalonado do júri: (1) suspeito; (2) investigado; (3) indiciado; (4) denunciado; (5) acusado; (6)

5 ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016. p. 225.

6 NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 83 *et seq*.

pronunciado. Consiste em filtro afunilado de admissibilidade, que deve ser observado, rigorosamente, a fim de pôr cobro ao risco de irracionalidade do julgamento criminal levado a cabo pelo corpo de jurados.

Essa percepção é inferida de forma tríplice, a partir do eixo das ciências da linguagem que explica a raiz e as ramificações de um instituto jurídico[7]. Este deve ser encravado no sistema, preenchendo o seu quadro constituído com esteio nas fontes do ordenamento jurídico.

Sob essa lente, o fato que preconiza a moldura da pronúncia de um acusado deve se subsumir à norma jurídica que, na decisão, é de ser descrita em forma de ato jurídico. Sem embargo, com o auxílio da teoria do direito, a decisão de pronúncia poderá ser compreendida, outrossim, como procedimento.

O seu retrato sistemático, portanto, poderá ser visualizado como: (1) norma jurídica (a pronúncia é constituída por um pensamento judicial formado pelo amálgama de normas construídas a partir de dispositivos); (2) ato jurídico processual (a pronúncia se convola em documentação da deliberação, revestida por linguagem jurídica); e (3) procedimento (a pronúncia é peça derradeira da primeira fase do júri e é dotada, de outro lado, de uma sequência interna que caracteriza sua produção).

Nesse quadro, baseado no *logos*, haja vista que a pronúncia é de ser explicitada por uma engrenagem que possibilita sua compreensão, a sua teorização deve se enquadrar no segundo nível da filosofia retórica[8], dentre os três degraus possíveis:

(1) método - linguagem de primeiro nível, que elucida, de maneira mais imediata, os seus conteúdos, arrimados nas fontes de cognição

7 GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2011. p. 37.

8 ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 52 *et seq*.

do direito, a exemplo da Constituição, das leis e da jurisprudência vinculante – retórica material;

(2) metodologia - sobrelinguagem ou linguagem de segundo nível, que traça como devem ser articulados os conteúdos, elucidando o eixo comum que dá condições de possibilidade e de otimização do conhecimento – retórica estratégica;

(3) metódica - abstração maior da linguagem ou de terceiro nível, que identifica as relações entre a retórica material e a estratégica, caracterizando-se como retórica analítica.

De compasso com a ponderação de Susan Haack, ao abstrair e formalizar, objetiva-se "generalizar, simplificar, e aumentar a precisão e o rigor"[9]. Essa cautela (cuidado, prudência) é indispensável na aplicação do ramo do direito que visa tutelar a liberdade humana, objetivando limitar a imprevisibilidade e o abuso do poder.

A dogmática se acomoda aos dois primeiros graus da linguagem (material e estratégica; método e metodologia). Não há dogmática no nível filosófico da retórica analítica (metódica)[10]. O maior rigor dogmático da pronúncia se localiza no patamar estratégico (metodologia), com o avivamento da essência que deve ser constante em decisões dessa natureza.

SENTIDO DA PRONÚNCIA

A pronúncia consiste em decisão interlocutória mista não terminativa. Essa expressão indica conteúdo semântico incidente, que expressa interlocução, proferida em permeio ao procedimento bifásico e que, embora sem conteúdo meritório, define lindes sobre o que poderá ser, ao final da segunda fase, mérito do julgamento.

Sentido é semântica.

9 HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Unesp, 2002. p. 63.

10 ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 55.

Aplicado esse conceito à pronúncia, depreende-se que a carga axiológica dessa decisão deve decotar o objeto do exercício da defesa, eis que delineia a imputação e recai, especialmente, sobre o fato em tese classificado como crime doloso contra a vida. O CPP enfeixa as notas conceituais à definição do que será entregue ao conselho de sentença. Para a pronúncia, exigem-se: (1) materialidade do fato; e (2) indícios suficientes de autoria ou de participação (art. 413, *caput*, CPP).

Esses vocábulos não devem admitir abertura na interpretação. Afinal, estão em jogo a garantia de racionalidade e o perfilhamento ao sistema acusatório. A pronúncia é o ato de maior estreitamento para assegurar que nenhum acusado siga a julgamento popular sem elementos que respaldem, sistematicamente, uma tese condenatória. O nexo de plausibilidade deve retratar juízo de probabilidade. Esses termos são, porém, igualmente abertos.

Desse modo, no plano apofântico, o mundo do ser dos enunciados pode sugerir acidentalidade, isto é, contingência, com espaço de aleatoriedade e de risco de remessa de acusado a júri sem elementos probatórios que se acomodem ao conceito de prova plena. O giro de postura deve considerar condições de necessariedade, isto é, de aferição de essencialidade da base empírica, cotejando com a sua aptidão, em tese, a uma condenação compatível com o postulado acusatório, que contemple juízo de certeza.

O *canon* de referência do juiz da instrução[11], ao pronunciar, deve ser, epistemicamente, o do juiz técnico, que examinaria, por sentença, o mérito da demanda penal. O preenchimento semântico daquele duplo critério é especificado no § 1º, do art. 413, do CPP, ao gizar que a fundamentação deve ser restrita: (1) à indicação da materialidade do fato; e (2) à existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Conquanto não deva julgar o fato, o enunciado prevê que o juiz da pronúncia declare o dispositivo legal em que reputar incurso

11 COSSIO, Carlos. **La teoria egologica del derecho**: y el concepto juridico de liberdad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 531.

o acusado e especifique as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Trata-se de providência de controle e de direcionamento. No plano deôntico, do mundo do dever-ser, a pronúncia introduz normas jurídicas no sistema. Uma vez preclusa, a acusação encontra, na decisão que pronunciar o réu, a demarcação além da qual não pode prosseguir. São prescrições documentadas em mensagens normativas[12].

Trata-se de estágio redutor da reflexividade do enunciado do direito positivo (dialógico), porquanto fixa o sentido correspondente (monológico)[13], colorindo o que deve ser a acusação. A dicção do dispositivo legal (art. 413, § 1º, CPP) repele o jargão *in dubio pro societate*.[14] Não há, no direito positivo, fonte que possa justificar esse elastério. A aplicação daquele ditado finda por admitir que o corpo de jurados julgue acusado que não tem, contra si, elementos que constituam prova à luz do seu conceito estrito e completo. Em poucas palavras, incrementa-se o risco de um julgamento condenatório sem lastro epistemológico.

ESTRUTURA DA PRONÚNCIA

O controle da imputação, pela pronúncia, passa por ajustes morfológicos e de ordem sintática. Falar de estrutura, nos termos das ciências da linguagem, é tocar na sintaxe.

Nessa esfera, a decisão combina técnicas de definição da competência:

12 WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix, 2007. p.132.

13 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51-54.

14 DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A decisão de pronúncia baseada no in dubio pro societate**: um estudo crítico sobre a valorização da prova no processo penal constitucional. Florianópolis: EMais, 2018. p. 198-199; 202.

(1) compete ao juiz da instrução pronunciar o réu pelo fato definido como crime doloso contra a vida;

(2) compete a ele, igualmente, declarar conexão capaz de reunir fatos diversos do crime doloso contra a vida, mas que sejam remetidos a júri, por decorrência;

(3) essa competência é delimitada conforme elementos da infração penal (critério material, segundo a matéria referente à existência de fato atribuído ao júri) e consoante a estrutura do processo (critério funcional, segundo a fase do processo e, em certa medida, de acordo com o objeto do juízo, já que consiste em juízo de delibação, que não deve aprofundar exame de mérito).

A regra de competência do juiz da pronúncia é condição de reconhecimento da norma individual e concreta como pertencente ao sistema processual penal[15]. Não basta a delimitação da jurisdição, que decreta competir ao juiz da instrução pronunciar o réu (estática jurídica). É identicamente importante que o exercício da competência se concretize nos espaços autorizados à emissão normativa (dinâmica jurídica).

Se o juiz da instrução excede na fundamentação, ou amplia a órbita da pronúncia para tocar delitos conexos, mas não dolosos contra a vida, haverá o ingresso de norma de índole espúria. A percepção de que há, na decisão, documentação de normas jurídicas que não guardam relação de pertencimento com o sistema acusatório, por ofensa à regra de competência, deve deflagrar o controle de nulidade.

Esse problema será estrutural, conquanto decorrente da dinâmica jurídica da decisão de pronúncia. A fundamentação pode, aparentemente, estar em conformidade com os enunciados que indicam a sua adequação, de *per si*, ao art. 93, IX, da CF, a exemplo dos que a mencionam (arts. 315, § 2º; 413, § 1º; 564, V, CPP). Entretanto, a emissão de motivação em descompasso com os limites da competência do órgão judicial encerrará uma patologia.

15 KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 55.

Dessa premissa, decorrem todas as deduções que explicitam o esqueleto que deve conter a pronúncia, bem como o que nela não deve estar contido[16]. Nesse passo, a pronúncia é um microssistema incluído em um sistema maior, semelhantemente a círculos concêntricos. Deve haver concordância prática entre eles, tal como a imagem completa de um jogo de palavras cruzadas.

A genética normativa (nomogênese[17]) é justificativa da etapa seguinte. Cabe sublinhar: (1) na decisão de pronúncia não devem existir abismos, seja enquanto norma jurídica, seja como ato processual; (2) no procedimento que desaguou na pronúncia, de igual forma, não deve haver furo ou salto. Esses limites são expressões do devido processo legal[18].

Dentre os elementos essenciais, a pronúncia deve conter a descrição:

(1) da materialidade do fato: o juiz não deve afirmar o crime, embora deva classificar o fato, eis que a sua análise deve ser perfunctória. Fato e prova são termos correlatos, tais como: (a) a relação entre causa e efeito, como encadeamento que engloba a sua custódia[19]; (b) as duas faces de uma mesma moeda. O fato afirmado judicialmente deve ser normado juridicamente, bem como deve se adequar ao conceito de prova, em sentido estrito. Sobre a prova e a materialidade, há o permeio de uma ficção jurídica, pois a materialidade pode ser imediata (o corpo da vítima – cadáver; o instrumento do crime – arma) ou mediata (o laudo de exame de corpo

16 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 472 *et seq*.

17 GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2011. p. 16 *et seq*.

18 JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho do. **Direito processual penal**: estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 514.

19 PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 90.

de delito, elaborado pelo perito, pelo que deve ser exigida rigorosa observância das disposições de sua regência);

(2) da pluralidade de indícios de autoria ou de participação: o art. 413, *caput* e § 1º, do CPP, usa o vocábulo indícios, no plural. Logo, não é suficiente um elemento isolado. Indício é termo que enfeixa exemplo dos problemas que um símbolo (abstração vocabular de um signo) pode irradiar:

(a) é poroso - o curso do tempo pode impregná-lo de outros sentidos;

(b) é vago - é categoria que engloba elementos de variadas naturezas, eis que pode ser entendido como indício o elemento empírico com maior ou menor abrangência dos elementos do tipo penal, bem como elementos digitais;

(c) é ambíguo - na legislação tem o conceito de circunstância conhecida e provada, *ex vi* do art. 239, do CPP, porém também pode ser compreendido como signo menor, sem um potencial definidor de sentido se visto isoladamente, mas que, quando reunido a outros de igual cariz, tem o poder de proporcionar uma conclusão geral e mais contundente;

(3) da relação entre a materialidade do fato e os indícios de autoria e de participação - liame que tem o condão de produzir sentido. Vale gizar: a semântica (sentido) depende da correção sintática (estrutura) vivificada na articulação entre os pilares centrais da pronúncia;

(4) do decreto de admissibilidade da acusação com a indicação do tipo penal que o juiz considerar incurso o acusado - a pronúncia do réu deve ser restrita ao fato definido como crime doloso contra a vida, porquanto é esse elemento que deve motivar a fixação da competência dos jurados. Não deve incidir pronúncia sobre as infrações penais conexas. A fonte do direito que dá arrimo à modificação de competência dos jurados para a apreciação dos delitos conexos é o art. 76, do CPP.

Complementando o que deve estar presente na decisão de pronúncia, malgrado a título acidental (não essencial), o § 2º, do art. 413, do CPP, prevê que o juiz deve se manifestar sobre o valor da fiança,

para a concessão ou manutenção da liberdade provisória, nos casos de delito afiançável. Essa deliberação deve ser contornada pelos limites da iniciativa, haja vista que o juiz criminal deve ser constrangido dogmaticamente, de um lado, pela inércia da jurisdição e, de outro, pela competência de salvaguardar garantias individuais.

Também de índole contingente à pronúncia é a previsão do § 3º, daquele enunciado, que preconiza o dever do juiz de decidir sobre a imposição, manutenção, revogação ou substituição de prisão preventiva, de medida restritiva de liberdade ou de qualquer medida limitativa ou alternativa. Para o exercício dessa competência, devem ser acatados os fios do sistema acusatório.

O aspecto positivo de algo depende de seu negativo. O ser deve ser depreendido do não ser. A liberdade, pela possibilidade de ser privado dela. O direito, por exemplo, tem lugar na interseção entre a liberdade de um sujeito e a sua negação pelo outro. O espaço da interferência intersubjetiva entre liberdades possibilita a regulação jurídica[20]. Não é diferente com a estrutura constante da pronúncia, a ser preenchida por conteúdos, caso a caso.

Nessa toada, a decisão de pronúncia não deve conter:

(1) regras concernentes à aplicação de pena: a pronúncia não deve fazer incidir regras como de concurso de agentes (art. 29, CP), circunstâncias judiciais (art. 59, CP), agravantes e atenuantes (arts. 61 a 66, CP), concurso material e formal de infrações penais (arts. 69; 70, CP), continuação delitiva (art. 71, CP) e causas de diminuição de pena (art. 7º, Lei de Introdução ao CPP). A menção a dispositivos que podem fazer parte da aplicação da pena somente deve ser a necessária à classificação do crime. Nesse diapasão, cabe destacar:

(a) o aludido art. 7º, do Decreto-Lei nº 3.931/1941, estampa que "o juiz da pronúncia, ao classificar o crime, consumado ou tentado, não poderá reconhecer a existência de causa especial de diminuição da pena". Cabe frisar, a tentativa é causa especial de diminuição de

20 COSSIO, Carlos. ***La teoria egologica del derecho**: y el concepto juridico de liberdad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 531.

pena, mas também constitui elemento da conduta constitutiva do tipo penal;

(b) a correção de uma metodologia jurídica exige base antecedente (prótase ou aspecto de fato) para a fundamentação da providência consequente (apódose ou efeito jurídico): o enlace não deve permitir supressões ou solução de continuidade, pelo que não se pode mencionar nuanças próprias da aplicação de pena na decisão de pronúncia. Cabível somente ratificar a competência dos jurados, com a pronúncia do imputado pelo crime doloso contra a vida;

(2) *standards* que conflitem com o postulado da presunção de não culpabilidade - o estado de inocência não é somente regra de tratamento, mas deve ser, sobremodo, vetor hermenêutico de toda interpretação de norma processual penal;

(3) fundamentação eloquente ou afirmação de culpa do imputado - a decisão de pronúncia deve se nortear pelo subprincípio da justa medida, isto é, pela coibição do excesso. A argumentação deve ser técnica e equilibrada, fundada nas bases do princípio da proporcionalidade, com a verificação do que:

(a) for exigível (necessidade);

(b) estiver em conformidade (adequação); e

(c) encontrar proporção *stricto sensu* (encaixe concreto ou ponderação)[21].

FUNÇÃO DA PRONÚNCIA

Função é pragmática. Esse vocábulo põe ênfase no fim, relativamente ao meio. Porém, no processo criminal, o meio é relevante, é substância[22]. A obediência ao meio (providência antecedente) é indeclinável à imunização do fim alcançado (consequência jurídica).

21 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 185.

22 ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: EMais, 2020. p. 591 *et seq*.

Não se deve admitir atalho para pronunciar o réu, eis que restaria violado o devido processo penal (art. 5º, LIV, CF).

Em certa medida, a função da pronúncia se sobrepõe, normativamente, à função do processo penal. Volvendo às finalidades maiores deste ramo do direito, a ordem de importância dos seus três escopos está ligada à natureza de direito de primeira dimensão:

(1) a proteção da liberdade - enquanto rizoma do direito de resistência, o processo penal é constituído por formas, modelos ou quadros que têm a função de controle de expectativas futuras concernentes à coibição do abuso de poder. Trata-se de um padrão de exigibilidade, fora do qual a persecução criminal não deve produzir efeitos ou deve ser combatida. A finalidade maior do processo penal, sob o prisma de direito individual elencado, em especial, nas disposições do art. 5º, da CF, é a de servir de escudo protetor contra investidas indevidas do poder estatal na liberdade do indivíduo, enquanto essência do ser humano sob a ótica iluminista[23]. É sob essa vertente que a decisão de pronúncia tem por função:

(a) outorgar racionalidade ao julgamento conduzido perante o tribunal do júri, baseado na íntima convicção - em outros termos, esse sistema somente deve ser aplicado quando o juiz da instrução realizar criterioso juízo de admissibilidade. Não deve ser remetido a júri quem deve ser absolvido, ou quem está sendo processado com base em elementos incapazes de tornar nítida a acusação. Em outro giro, deve ser considerado, como parâmetro ideal, o juízo de certeza condenatório, enquanto nexo entre conceitos abstratos (narrativa fática e tipo penal objetivo-subjetivo) e concretos (lastro empírico que envolva tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade);

(b) potencializar o direito de liberdade - a dogmática da decisão da pronúncia é caracterizada por precisão técnica e rigor metodológico. Há uma razão de seletividade que não coincide com a indesejada seletividade do direito penal referentemente aos desfavorecidos.

23 CASARA, Rubens R. R. **Interpretação retrospectiva**: sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.

Diferentemente, a seletividade dogmática vai ao encontro da almejada fragmentariedade do direito penal, enquanto *ultima ratio* da interferência da regulação do espaço em que as liberdades individuais colidem[24]. A regra não deve ser a pronúncia. Ela deve ser a exceção. A imputação duvidosa não deve permitir a pronúncia do réu ou a ampliação das possibilidades de condenação;

(2) atuação do direito penal objetivo - o processo penal não deve ser meramente instrumental. A questão é de ponto de vista[25]. É prestigiada a afirmação do princípio da instrumentalidade das formas. Decorre, inclusive, de texto da legislação (arts. 566; 572, II, CPP)[26]. No entanto, o direito penal é intimamente dependente do direito processual penal. Sem o canal processual, não se pode verificar emanação de efeitos do direito penal, ressalvados casos específicos, como a legítima defesa, que independe de processo. Em outros termos, a instrumentalidade, no processo penal, é do direito material. A atuação do direito penal objetivo, portanto, tem o direito processual como antecedente indispensável, essência da própria juridicidade, que constitui sua finalidade secundária. Note-se que o fim não é a punição, mas a atuação do direito penal objetivo que, a depender da natureza da decisão, pode resvalar em aplicação de pena. No que tange à pronúncia, a operatividade do direito penal é restrita, consoante analisado no tópico anterior, com os propósitos de demarcação das possibilidades da acusação e de contenção do excesso do exercício do poder estatal;

(3) pacificação social - apesar do processo criminal não proporcionar paz a quem quer que seja, a intervenção de um terceiro imparcial, enquanto órgão autêntico de interpretação do conflito[27], encerra a relação material no plano apofântico. Após a eclosão do

24 COSSIO, Carlos. ***La teoria egologica del derecho***: *y el concepto juridico de liberdad.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 531.

25 GUASP, Jaime. ***Derecho procesal civil***: *tomo primeiro [introduccion y parte general].* Madrid: IEP, 1968. p. 34.

26 LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 944.

27 KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 38.

delito e a expiração de sua consumação, não há lugar para a atuação da pessoa ofendida ou de quem o represente, ressalvada a possibilidade de assistência (arts. 268 a 273, CPP). Inaugura-se a relação processual, com o ajuizamento da denúncia ou da queixa-crime, não se admitindo vindita subsequente. A pacificação é definida nesse sentido estrito e a pronúncia se insere como elemento integrante do procedimento constitutivo do processo penal que tem, como uma de suas funções, a de proporcionar paz social.

A pragmática da decisão de pronúncia compreende possibilidades de desvios da consequência jurídica. Trata-se de variável inerente à abertura da linguagem. No entanto, o desvio deve se subordinar a limites estipulados pelo próprio direito positivo. Em outros termos, o desvio-padrão não pode extrapolar os contornos do sistema[28]. Se as finalidades da pronúncia devem orientar como solver os espaços cinzentos, mormente quando o ordenamento jurídico não espanca as dúvidas na interpretação, elas também não estão autorizadas a suplantar a Constituição e o seu postulado da inocência.

CONCLUSÃO

A decisão de pronúncia é limite que enfeixa três condições linguísticas. Deve obedecer a parâmetros semânticos (sentido), sintáticos (estrutura) e pragmático (função). A construção do seu teor deve ter nascedouro em fontes jurídicas fincadas no ordenamento jurídico (direito positivo).

A racionalidade do julgamento pelo júri deve ser antecipada. Em outros termos, em virtude da impossibilidade de ser escrutinada a motivação do julgamento pelo corpo de jurados, é indeclinável que

28 WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 132.

a decisão de pronúncia siga parâmetros rigorosos, sem fazer uso de expressões que ampliem a discricionariedade do julgamento.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo.** São Paulo: Noeses, 2011.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal.** São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2013.

CASARA, Rubens R. R. **Interpretação retrospectiva**: sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COSSIO, Carlos. **La teoria egologica del derecho:** y el concepto juridico de liberdad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A decisão de pronúncia baseada no *in dubio pro societate*:** um estudo crítico sobre a valorização da prova no processo penal constitucional. Florianópolis: EMais, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica:** ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil:** tomo primeiro [introduccion y parte general]. Madrid: IEP, 1968.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas.** São Paulo: Unesp, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho do. **Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas.** Salvador: Juspodivm, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2019.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Florianópolis: EMais, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana:** um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix, 2007.

5. O PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE TRIBUTÁRIA NAS FUNÇÕES LEGISLATIVA, EXECUTIVA E JUDICIÁRIA DO ESTADO

Manoel Cavalcante de Lima Neto

INTRODUÇÃO

O Sistema Tributário brasileiro é constitucionalizado; isso não é uma condição que se repete em outros países. Trata-se de uma caraterística especial do sistema brasileiro. As principais diretrizes do sistema desde as espécies tributárias, as atribuições de competências tributárias para os entes políticos e as materialidades de impostos e contribuições para a seguridade social, entre outras normas relevantes fixadas na Constituição.

A divisão da competência tributária para os diversos entes políticos e a elevada quantidade de tributos, com o acompanhamento da competência para legislar, conduzem a uma pluralidade de normas produzidas que, mesmo tendo alguns parâmetros de controle por normas gerais, torna o sistema quantitativamente complexo.

Por outro enfoque, sob o ponto de vista de conteúdo, também se difunde uma espécie de cultura que torna os textos normativos em matéria tributária, em boa parte, redigidos sem clareza e objetividade, como se feitos para a compreensão de *experts*, além de se criar exceções às regras que, bem apreciadas, não guardam pertinência lógica com o que se disciplina, mas são instituídas com frequência, o que torna o sistema qualitativamente complexo.

Independentemente desses aspectos negativos e que podem ser melhorados, a própria concepção das bases de financiamento do Estado pela tributação, típicas de um Estado fiscal, guarda um teor natural de complexidade pela abrangência de suas fontes e pela extração essencial das atividades econômicas, como também devido

à forma de distribuição da recepção dos tributos entre os entes da Federação.

Todo esse contexto faz com que o estudo do novo princípio constitucional da simplicidade tributária necessite de um célere desenvolvimento, identificando-se o seu alcance, suas delimitações; os benefícios de sua implementação e os desafios que precisam ser enfrentados e que produzirão reflexos positivos nas relações tributárias para a sociedade, para os contribuintes e para o Estado, que exerce o poder de tributar.

Embora a previsão constitucional da simplicidade tributária tenha um contorno aberto e principiológico, as abordagens devem guardar pertinência com o seu teor normativo. Este, apesar de seguir uma diretriz especial de dever para o legislador, administrador e julgador, passa também a ser um direcionamento que se pode especular em termos de direito para o contribuinte.

SIMPLICIDADE COMO PRINCÍPIO NORMATIVO DO ESTADO

A reforma tributária introduziu no Sistema Tributário Nacional cinco novos princípios, a saber: simplicidade, transparência, justiça tributária, cooperação e defesa do meio ambiente.[1] O registro da simplicidade em sede constitucional é uma novidade que segue uma direção que vem sendo defendida como lastro da Reforma Tributária. Esta, em suas justificativas formais, aponta para a necessidade de simplificação de todo o sistema tributário.

No âmbito do Direito Administrativo, antes de considerar a previsão constitucional da reforma tributária, buscava-se classificar a simplificação "como um princípio, até porque [...] ela tem como base normativa diversos princípios constitucionais (eficiência, celeridade, proporcionalidade, subsidiariedade, entre outros)".[2] Nesse aspecto, é possível notar que o sentido da simplicidade gira em torno de facilitar

1 Art. 145, § 3º, da Constituição Federal.

2 D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. **A Simplificação no Direito Administrativo e Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 7.

a atuação do Estado interna e externamente para suas relações com a sociedade, visando à diminuição da burocracia e de custos, bem como à racionalização dos procedimentos, de modo a que haja uma maior recepção de suas normas pela sociedade.

Assim, registra-se que:

> [...] em termos jurídicos, a simplificação pode ser compreendida como o conjunto de medidas adotadas pelo Estado para facilitar o desempenho de suas atividades, seja internamente ou nas suas relações com a sociedade, com o objetivo de diminuir a burocracia, reduzir custos e encargos, ter maior aceitação de suas normas, acelerar e racionalizar controles e procedimentos, enfim, tornar as coisas mais simples e fáceis em favor dos cidadãos e das empresas por eles constituídas.[3]

Essa visão reflete uma importante preocupação com o papel exercido pelo Estado de regulação das atividades em geral e prestação de serviços que se direcionam aos particulares e que devem guardar um cunho de simplificação para facilitar e melhorar as relações entre Estado e sociedade.

Diante da expressa previsão constitucional na condição de princípio do sistema tributário nacional, com teor normativo, surge para o Estado o *dever* de promover a simplificação tributária, e para o contribuinte o questionamento sobre um direito a reivindicar a sua concretização. Essa visão de dever do Estado e direito para o cidadão já se aponta no espectro administrativo:

> Em sendo considerado princípio da simplificação, é dotado de normatividade, com aplicabilidade a situações concretas e, assim sendo, *gera direito subjetivo e pode ser sindicado em juízo*. Por outro lado,

3 Idem, p. 6.

> também gera um *dever por parte do Estado em promovê-la*. Do mesmo modo, pode ser objeto de ponderação e, nesse sentido, sugere uma ponderação entre os resultados possíveis da simplificação e de um sistema mais complexo que privilegie outros valores. [...]. Caso exista dúvida nessa ponderação [...], deve-se optar pela simplificação.[4] (Grifo nosso.)

Na vertente do contribuinte, é possível identificar a simplicidade como um direito do contribuinte fora do rol das limitações ao poder de tributar, como se observa em relação à capacidade contributiva que também se encontra no espaço dos princípios gerais do Sistema Tributário Nacional[5] e se interliga com o princípio da vedação ao confisco, direito do contribuinte expresso. De igual modo, a simplicidade tributária, direito do contribuinte fora do catálogo, se interliga com o princípio da legalidade, pela redução da complexidade e pela melhoria na sua exequibilidade.

É possível fazer uma distinção e classificação da simplicidade tributária na função legislativa, administrativa e judicial do Estado. Essa classificação já foi feita em relação a um dos aspectos da simplicidade tributária denominada praticidade ou praticabilidade fiscal. Segundo Helena Costa, "a praticidade está presente em toda atuação estatal, quer no exercício da função legislativa, quer no exercício das funções de aplicação da lei – administrativa e judicial [...]".[6]

4 D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. **A Simplificação no Direito Administrativo e Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 7/8/9.

5 "Como instrumento de defesa, a capacidade contributiva reproduz direito fundamental dos contribuintes, enquadrados no conceito material de direitos fundamentais. Assim, assegura os direitos subjetivos do cidadão-contribuinte e limita o poder de tributar. Evita a tributação excessiva para preservar o livre exercício da atividade econômica ou profissional, no que se coliga com a vedação ao confisco quando serve para medir a capacidade de contribuir e funcional como limite à atuação do poder tributário." LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos fundamentais dos contribuintes:** Limitações constitucionais ao poder de tributar. Recife: Nossa Livraria, 2005. p. 253.

6 COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54.

No plano mais geral da simplicidade tributária, ela também aparece na atuação legislativa, administrativa e judiciária, classificação que se adota neste capítulo. É importante registrar uma proposta que foi apresentada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre o conceito de complexidade tributária; este, em certa medida, pode ser visto como antagônico à simplicidade, mas também lhe serve de parâmetro, ao defender que a complexidade assume uma feição multidimensional. Assim, o autor identifica cinco dimensões para a complexidade: (i) estrutural; (ii) normativa; (iii) regulatória; (iv) procedimental; e (v) processual.

> A *dimensão estrutural* é a complexidade do próprio sistema que começa no próprio desenho constitucional, na distribuição de múltiplas competências tributárias entre os níveis federativos de governo, no número de tributos, na diversidade e sobreposição das bases econômicas tributáveis, nas diferentes escalas de alíquotas de um mesmo tributo, etc. Refere-se também ao aspecto quantitativo da legislação tributária. A *dimensão normativa* diz com o aspecto qualitativo da legislação tributária, do grau de dificuldade para a sua interpretação e compreensão. A *regulatória* relaciona-se às escolhas por políticas fiscais de fomento, de indução positiva ou negativa de comportamento dos contribuintes (extrafiscalidade). As três dimensões verificam-se no plano da formulação das normas tributárias, do desenho do sistema.
>
> A *dimensão procedimental* consiste nas dificuldades dos contribuintes para o cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, implicando custos excessivos, financeiros, de tempo e psicológicos. É a complexidade na relação entre contribuinte e a administração tributária. Alcança também os obstáculos e custos dessa última em suas tarefas de fiscalizar e arrecadar tributos. A *processual*, por fim, relaciona-se à complexidade na solução das

> controvérsias tributárias, ao contencioso tributário, nos planos administrativo e judicial. Ambas as dimensões se dão no plano do cumprimento *voluntário* e *involuntário* das normas tributárias, no plano operacional.[7]

No formato que se apresenta, é possível conjugar as dimensões estrutural, normativa e regulatória na função legislativa; a procedimental e a processual administrativa na função administrativa; e a processual judiciária no âmbito da função judicial.

A SIMPLICIDADE TRIBUTÁRIA NA FUNÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO

A exigência de um contexto de simplicidade já consta para o legislador na própria edição da norma legal pelas diretrizes fixadas na Lei Complementar nº 95/98. A redação da norma deve atender a *clareza*, precisão e ordem lógica, de modo que as palavras e as expressões devem ser utilizadas em seu sentido comum, com frases curtas e concisas, em orações na ordem direta, evitando-se preciosismos, neologismos e adjetivações dispensáveis.

O legislador também deve articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar uma perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que pretende dar à norma. Acrescente-se ainda o respeito à ordem lógica, a exemplo da restrição do conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio.[8]

Destaque-se que o sistema jurídico chega a colocar a simplicidade como direito do usuário de serviços públicos ao prescrever que na prestação de serviços haja a "utilização de linguagem simples e

7 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo (Coord.). **Complexidade Tributária:** Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Anagrama, 2022. p. 35-36.

8 Art. 11 da Lei Complementar nº 95/1998.

compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos".[9] Em sentido similar, a lei de acesso à informação declara que é "dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão".[10]

Pelo que se nota, o endereçamento da simplicidade é bem geral na função legislativa, não obstante pouco discutida e menos ainda questionada como um direito do cidadão.

Na legislação tributária foi editada a Lei Complementar nº 199/2023 com o objetivo de simplificação de obrigações acessórias, mas de uma forma bem reduzida pelo amplo veto que se operou no projeto originário.

A proposta mais ousada e forte, no entanto, veio com a introdução da simplicidade como integrante dos princípios gerais do Sistema Tributário Nacional com a Emenda Constitucional nº 132, na redação do art. 145, § 3º.

O imperativo para a utilização da clareza, precisão e objetividade, como já referenciado, consta como matriz para a produção de normas, conforme a Lei Complementar nº 95/98. Acontece que o legislador nem sempre segue à risca a metodologia adequada na redação das leis.

Como dito, a dimensão normativa que se refere à qualidade da legislação tributária e o seu grau de dificuldade para interpretação e aplicação, até mesmo pela difusão desse papel por todos os entes políticos de direito público interno que possuem competência tributária, bem como a elevada quantidade de normas e a tendência de formatação de normas confusas, complicadas e com exceções que não possuem justificação racional, geram um amplo espectro de complexidade.

Em muitos casos, revelam um texto feito por *experts,* cuja compreensão não é facilitada, sendo, ao contrário, dificultada, como

9 Art. 5º, XIV, da Lei nº 13.460/2017.
10 Art. 5º da Lei nº 12.527/2011.

se a norma não tivesse uma destinação externa e generalizada para todos. O parlamento tem aprovado textos com tais características.

De igual modo, as políticas normativas extrafiscais, regulatórias, de indução de comportamentos negativos ou positivos e que envolvem finalidades apartadas da fiscalidade com fins econômicos, sociais e ambientais, entre outros, formam um campo também de elevado teor de complexidade.

Com o fim de reduzir esse espaço normativo de complexidade, o comando do princípio da simplicidade com teor constitucional agora reforça a necessidade de avaliar as inconsistências normativas que apontam para um grau elevado de complexidade, de modo a que haja uma correção para a adequação de textos complexos a um nível de melhor compreensão. Por isso, a lei exige que as palavras e as expressões devam ser utilizadas em seu sentido comum; quando se tratar de linguagem técnica, esta deve ser explicada da melhor forma possível.

É pertinente dizer que essa faceta remete a uma interpretação *formal* do princípio da simplicidade para alcançar a legislação tributária de forma ampla, envolvendo todas as suas fontes normativas, desde a Constituição até as demais normas infraconstitucionais, no conceito que o Código Tributário Nacional atribui à "legislação tributária".[11]

Do ponto de vista *material*, o princípio da simplicidade se insere no conteúdo das obrigações geradas nas relações tributárias, de origem principal e de cunho acessório. No trato dos elementos essenciais da obrigação tributária, a clareza e a precisão da linguagem devem aparecer, desde logo, na definição do fato gerador do tributo. Ingressa nesse ponto a versão da simplicidade integrada ao princípio da legalidade pela atenção ao caráter determinado das normas, em sua generalidade. A indeterminação da norma é usada nas hipóteses em que for a forma mais consentânea para atender à estrutura da tributação.

11 Art. 96 do Código Tributário Nacional.

A implantação da simplificação pela forma e conteúdo das normas tributárias passa pelo enfrentamento de uma cultura forjada em que o Estado e o contribuinte são concebidos como adversários, o que também afeta o princípio da cooperação.

Há uma vulnerabilidade do contribuinte no campo da relação tributária que se apresenta por sua própria formação, em que o "Estado-credor é a um só tempo criador da lei tributária obrigacional, aplicador desta mesma lei e julgador dos litígios que decorrem de sua aplicação". Essa composição resvala para uma vulnerabilidade político-legislativa, na medida em que os projetos de leis nessa área acabam sendo gestados por técnicos da Fazenda, prevalecendo uma visão arrecadatória; ou para uma vulnerabilidade administrativa, já que os "atos infralegais ampliam o alcance dos comandos, acrescentam regras onde na lei não havia, criam conceitos inexistentes ou torcem os que existem na lei". Ao final, registram uma vulnerabilidade também no campo processual administrativo ao se dizer que "as manifestações do poder fático-tributário da Fazenda Pública contaminam, com muita frequência, a credibilidade de suas decisões". E ainda para uma vulnerabilidade processual-jurisdicional, já que "a interpretação que vem sendo proposta para o processo tributário pretende fazer com que a desigualdade de forças, a vulnerabilidade do contribuinte, na relação jurídico-tributária com o Estado, seja magnificada, ampliada, ao invés de ser controlada e diminuída".[12]

Esse aspecto de adversidade deve ser eliminado na perspectiva do princípio da cooperação, também expressamente introduzido como princípio geral do Sistema Tributário Nacional pela Emenda Constitucional nº 132, juntamente ao princípio da simplicidade. A cooperação "deve informar e induzir que toda a ação particular ou pública seja voltada à facilitação da *performance* da relação tributária com o máximo de eficiência e o mínimo de atrito, buscando reduzir os custos de conformidade e de fiscalização e maximizar os resultados

12 MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009. p. 24.

da atividade produtiva".[13] O certo é que a manutenção da cultura da adversidade também gera complexidade e aumenta o grau de litigiosidade.

Não se descura de que o princípio da simplicidade deve ser compatibilizado com outros princípios do sistema e que "nem toda complexidade é indesejável. Há complexidades que são necessárias para concretizar outros princípios".[14] Um grau de redução que torne mais objetiva e clara a norma ou o conjunto normativo que estruture o instituto jurídico de natureza tributária é sempre possível e agora é imperativo por força do novo princípio constitucional.

O PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Assim como existe norma impondo a simplicidade no campo da produção legislativa e normativa em geral, para a prestação de serviços pela administração pública, a lei também dispõe de direcionamentos claros nesse sentido, a partir da exigência da "utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos"; da "eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido"; e também da "aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações".[15]

As normas destinam comandos para uma administração que tenha um melhor tratamento com os usuários dos serviços públicos

13 GOLDSCHMIDT, Fábio Brun; DE ANDRADE, Leonardo Aguirra. **Por um princípio da cooperação no Direito Tributário:** contribuições para o acolhimento de um novo princípio fiscal. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2023. p. 65.

14 GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. Vetores do Sistema Tributário Nacional após a EC nº 132. **Revista Direito Tributário Atual,** v. 56, ano 42, p. 766, 1º quadrimestre 2024.

15 Art. 5º, XIV, XI e XIII, da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. O Decreto nº 13.726/2018 regulamenta a Lei nº 13.460/2017 e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação.

que trazem, de regra, a racionalização de procedimentos com eliminação ou diminuição de formalidades burocráticas, redução de custos, entre outros entraves, que visem à "facilitação da vida do cidadão e da empresa, especialmente por meio de normas claras, precisas, de fácil compreensão e exequíveis". Cumpre registrar que a "simplificação do Estado em geral e da Administração pública em particular constitui inegável tendência mundial" que se aponta para o futuro do governo [...]".[16]

No plano das relações tributárias, depois de instituídos os tributos mediante lei que define os elementos essenciais da obrigação, resguarda-se um espaço de ampla atuação da *administração tributária,* a quem compete a arrecadação e a fiscalização dos tributos. O Código Tributário Nacional lhe reserva esparsa referência,[17] o que remete o tratamento mais preciso para as legislações específicas dos entes de direito público interno nos espaços próprios de suas competências.

Compete à administração tributária exercer o controle do cumprimento das obrigações tributárias, o que possui destaque em todas as modalidades de lançamento tributário previstas na lei, seja *de ofício,* quando realiza diretamente as operações necessárias a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo; seja *por declaração,* quando promove o lançamento a partir de informações indispensáveis apresentadas pelo contribuinte ou terceiro; e, *por homologação,* quando a lei atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa.[18]

No exercício dessas funções, a administração utiliza mecanismos que envolvem a criação de obrigações acessórias, as mais diversas, e a imposição de medidas que revelam um elevado poder de restrição e, muitas vezes, de elevado custo para o contribuinte administrado. É nesse

16 D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. **A Simplificação no Direito Administrativo e Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 17-19.

17 Arts. 194 a 208 do Código Tributário Nacional.

18 Arts. 142, 147, 149 e 150 do Código Tributário Nacional.

sentido que a norma constitucional inserida pela Reforma Tributária remete literalmente para a lei complementar o estabelecimento de "critérios para as obrigações tributárias acessórias, visando à sua simplificação".[19]

Aqui se cuida da dimensão procedimental voltada ao cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes e que também se espraia no campo processual quando aponta para a solução de impugnações na seara do processo administrativo tributário.

A SIMPLICIDADE TRIBUTÁRIA NO PODER JUDICIÁRIO

O tema da simplificação tem sido previsto legislativamente para a atuação da função legislativa e administrativa do Estado, mas, no seio do Judiciário, os comandos normativos têm nascido originariamente de atos recentes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Com a Recomendação nº 144/2023, o Conselho orientou o Judiciário para a utilização de linguagem simples, clara e acessível, com o uso, sempre que possível, de elementos visuais que facilitem a compreensão da informação. Posteriormente, foi lançado um Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples em 2023; depois, foi instituído um Selo de Linguagem Simples pela Portaria nº 351/2023. Finalmente, editou-se orientação para a adoção de modelo padronizado de ementas aos tribunais focadas na simplicidade pela Recomendação nº 154/2024.

As medidas do Conselho deixam claro que se direcionam a uma mudança que também é cultural, de elevado grau de complexidade nas decisões judiciais. Isso acontece de forma *quantitativa* pelo excesso de texto em decisões que às vezes ultrapassam cem páginas e que tornam bem difícil a compreensão do que está efetivamente sendo julgado, bem como pelo discurso empolado e pouco preocupado com o destinatário da mensagem. Citações literais de doutrina, de jurisprudência e de leis em muitos casos dispensáveis e às vezes com

19 Art. 156-A, § 5º, IX, da Constituição Federal, determinado pela Emenda Constitucional 132/2023.

repetição de fundamentos já enfrentados. Isso afeta notadamente a objetividade, a clareza e a possibilidade de compreensão da decisão até mesmo para iniciados, imagine para leigos.

Observe-se que a fundamentação é a forma de legitimar as decisões do Judiciário como órgão político do Estado. A complexidade e a linguagem confusa e prolixa dificultam seriamente essa função de legitimação do poder. Como o legislador e o administrador precisam simplificar sua forma de atuação, por imperativo legal, e no âmbito tributário por força constitucional, igualmente o Judiciário deve primar por decisões simplificadas, seguindo as recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

É certo que quando se menciona um princípio como o da simplificação, é comum se fazer referência ao Legislativo e ao Executivo, sem incluir a outra relevante função do Estado: a da jurisdição. Agora essa diretriz também está clara para o Judiciário por força das recomendações do CNJ. No campo da tributação, cabe destaque para Ricardo Lobo Torres, que sempre tratou do exercício do poder de tributar verticalmente entre os entes políticos e horizontalmente entre as funções do Estado, para incluir o Judiciário.

> O poder tributário – da mesma forma que o poder estatal em geral – se divide verticalmente, segundo os vários níveis de governo no Estado Federal (poder federal, estadual ou municipal), e, também, horizontalmente (poder de legislar, administrar e julgar). Não se cuida de duas questões distintas, mas da integração do critério material com o vertical, pois o judiciário e os outros Poderes da União colocam-se vis-à-vis aos poderes dos Estados e Municípios.[20]

O poder de julgar, que reproduz fonte de direito para o Direito Tributário, acha-se atualmente mais evidente pela disseminação de

20 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 360.

precedentes vinculantes produzidos pelo Poder Judiciário. Antes se definia, por regra, a norma do caso concreto à exceção das previsões de vinculação do controle concentrado e da súmula vinculante. Após o Código de Processo Civil de 2015, a situação se alastrou pela possibilidade de precedentes vinculantes com força típica de lei e de fonte formal que demanda obediência e não mera persuasão. O Judiciário agora não só produz a norma para o caso concreto, mas também teses normativas que se ampliam e formam um novo contexto de normas gerais e vinculantes.

No âmbito do princípio da simplicidade tributária, a direção da norma principiológica é também destinada ao Judiciário, que deve pautar suas decisões na matéria com objetividade, clareza e linguagem simples.

Nesse ponto, surge a dimensão processual que se reporta à solução das controvérsias entre fisco e contribuintes no processo judicial tributário.

PRATICIDADE FISCAL COMO FORMA DE SIMPLIFICAÇÃO

É comum tratar o tema da simplicidade no Brasil sob o manto da praticidade ou da praticabilidade fiscal, que ganhou destaque em nossa doutrina a partir da obra de Misabel Derzi a qual a entende como um princípio jurídico difuso no ordenamento, com a seguinte definição:

> Praticabilidade é o nome que se dá a todos os meios e técnicas utilizáveis com o objetivo de tornar simples e viável a execução das leis. Como princípio geral de economicidade e exequibilidade, inspira o direito de forma global. Toda lei nasce para ser aplicada e imposta; por isso não falta quem erija a praticabilidade a imperativo constitucional implícito.[21]

21 DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 138/139.

A praticidade encontra-se presente em todas as funções do Estado como uma forma de interpretação da lei, ou um desdobramento da tradicional regra teleológica na qual se deve "colher o sentido da norma que acarrete aplicação mais cômoda, simples econômica e funcional".[22] Assim, "está presente em toda atuação estatal, quer no exercício da função legislativa, quer no exercício da função de aplicação da lei – administrativa e judicial (...)".[23]

A praticabilidade é um princípio que decorre do princípio da supremacia do interesse público;[24] está "positivada, indiretamente, por dedução e indução de várias normas e formulações normativas"[25], e também diretamente em outras tantas normas constitucionais[26] e infraconstitucionais.[27]

PRATICIDADE FISCAL NA ATUAÇÃO DO LEGISLADOR

A praticabilidade aparece, em primeiro plano, na função do legislador que utiliza abstrações, ficções e presunções como técnicas simplificadoras da execução das leis, com o fim de evitar a investigação detalhada do caso individual, bem como para reduzir custos operacionais e, em muitas hipóteses, para dispensar a colheita de provas difíceis.[28]

22 DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 139.

23 COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54.

24 COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 93.

25 PAULA, Daniel Giotti de. **Praticabilidade no Direito Tributário:** controle jurídico da complexidade. Rio de Janeiro: Ágora 21, 2018. p. 480.

26 Art. 146, III, d e art. 150, § 7º, da Constituição Federal.

27 Art. 13 da Lei nº 9.718/98, com redação atribuída pela Lei nº 12.814/2013 – lucro presumido para o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica; art. 10 da Lei nº 9.250/95 – desconto simplificado do Imposto de Renda da Pessoa Física; art. 7º da Lei nº 7.713/88 – Imposto de Renda na fonte; Lei Complementar nº 123/2006 – Simples Nacional.

28 DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 139/140.

Tem sido um formato definido pelo legislador para padronizar certas situações das relações tributárias, de modo a simplificar e facilitar a aplicação da lei, como são as hipóteses de lucro presumido ou desconto simplificado no âmbito do Imposto de Renda.

PRATICIDADE FISCAL NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

As normas de conteúdo tributário, em geral, possuem um caráter de execução em massa direcionada a um elevado quantitativo de contribuintes. Em muitos casos, abrem espaço para a complementação no campo administrativo no tocante à praticabilidade pela regulamentação e à atuação pelo lançamento. "Os regulamentos e demais atos da Administração, baixados com vistas a possibilitar a execução das leis, guiam-se pelo princípio da praticabilidade e devem buscar as soluções mais simples, cômodas e econômicas".[29]

De outro modo, quando o legislador estipula elemento do fato gerador com conteúdo aberto, a atuação administrativa se utiliza de mecanismos de praticidade para a feitura do lançamento, como ocorre no IPTU, cuja base de cálculo é o valor venal do imóvel; essa base é estimada por planta genérica de valores. "Tais instrumentos revelam-se, claramente, mecanismos de praticabilidade, pois visam a tornar exequível a aplicação da lei tributária, que restaria inviabilizada caso não fossem adotados os referidos padrões".

PRATICIDA FISCAL NO JUDICIÁRIO

A princípio, o que se nota em doutrina especializada no tema é que ao Judiciário estaria negada a possibilidade de estabelecer, na seara de sua interpretação, um formato padronizante. Ao se defender, teria de imprimir uma aplicação individual da lei e um "esgotamento

29 IDERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 141.

do programa da norma pelo exame de todas as circunstâncias juridicamente relevantes do caso isolado".[30]

Pela negativa, também se assevera:

> (...) ao Judiciário não é dado, em hipótese alguma, recorrer, positivamente, à praticabilidade. A ausência de extração de confiabilidade sistêmica nesse órgão não se restringe apenas à vedação ao recurso do "modo de pensar tipificante ou padronizante", mas, ainda, a qualquer forma de abstração generalizante que se pretenda a ele imputar.[31]

No entanto, as mudanças na legislação processual com a ampliação de precedentes judiciais vinculantes têm seguido uma posição diversa. Admite-se que o Judiciário crie teses jurídicas que se originam de casos decididos, e outras que deles se extraem, numa verdadeira construção normativa abstrata com feição de lei. Nessa função que tem a perspectiva de aplicação em massa do precedente, adota-se um formato muito similar à padronização administrativa própria da praticidade fiscal, que descarta ou diminui as particularidades da situação do caso concreto.

> No direito brasileiro contemporâneo, por sua vez, verifica-se uma tendência – que pode ser ilustrada pelas recentes reformas processuais, as quais buscam cada vez mais a padronização decisória no âmbito do judiciário – de desconsiderar as individualidades do caso concreto e enxergar na súmula um pretexto para a "mecanização" de toda a atividade judiciária.[32]

30 DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 380.

31 ROCHA, Eduardo Moraes da. **Teoria institucional da praticabilidade tributária**. São Paulo: Noeses, 2016. p. 376.

32 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmula, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel Abreu Machado Derzi. *In:* **Segurança jurídica: Irretroatividade das decisões**

Em que pese haver a possibilidade de distinção, a formação de precedente vinculante na prática afasta a reavaliação da matéria e subtrai as particularidades do caso concreto que normalmente não são reexaminadas; os recursos não sobem para as instâncias superiores e quando lá chegam são rejeitados apenas pela referência à posição judicial consolidada. Apesar das referências feitas em contrário, a praticidade similar à do Legislativo e do Executivo está em franca ascensão no Judiciário.

CONCLUSÃO

O princípio da simplicidade posto como uma das diretrizes do sistema tributário nacional tem significativa relevância e está direcionado a todas as esferas de poder do Estado, na condição de um dever de observância. O seu alcance e delimitações constituem tarefas endereçadas ao legislador, que deve pautar-se por um regramento de objetividade, clareza, precisão, tanto na forma de editar normas legais como nos seus respectivos conteúdos de ordem material.

Num outro estrato, o dever se espraia para o administrador na execução das leis pelo poder regulamentar e nos atos tributários; e para o julgador, nas decisões sobre matéria tributária. Estende-se, portanto, ao poder de tributar no sentido horizontal que alcança o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Na visão do contribuinte, é possível identificar a simplicidade como um direito do contribuinte fora do rol das limitações ao poder de tributar, como se observa em relação à capacidade contributiva que também se encontra no espaço dos princípios gerais do Sistema Tributário Nacional e se interliga com o princípio da vedação ao confisco, direito do contribuinte expresso. De forma similar, a simplicidade tributária, direito do contribuinte fora do catálogo, se interliga com o princípio da legalidade, pela redução da complexidade e pela melhoria na sua exequibilidade.

---

prejudiciais aos contribuintes. (Coord.). COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 69.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmula, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel Abreu Machado Derzi. *In.*: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (Coord.). **Segurança jurídica:** Irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 65-106.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo (Coord.). **Complexidade Tributária:** Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Anagrama, 2022.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. **A Simplificação no Direito Administrativo e Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GOLDSCHMIDT, Fábio Brun; DE ANDRADE, Leonardo Aguirra. **Por um princípio da cooperação no Direito Tributário:** contribuições para o acolhimento de um novo princípio fiscal. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2023.

GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. Vetores do Sistema Tributário Nacional após a EC nº 132. **Revista Direito Tributário Atual,** v. 56, ano 42, quadrimestre 2024.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos fundamentais dos contribuintes:** Limitações constitucionais ao poder de tributar. Recife: Nossa Livraria, 2005. p. 253.

MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.

PAULA, Daniel Giotti de. **Praticabilidade no Direito Tributário:** controle jurídico da complexidade. Rio de Janeiro: Ágora 21, 2018.

ROCHA, Eduardo Moraes da. **Teoria institucional da praticabilidade tributária**. São Paulo: Noeses, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

6. DA HERANÇA E SUA ADMINISTRAÇÃO À HERANÇA DIGITAL[1]

Marcos Ehrhardt Jr.

INTRODUÇÃO

Qualquer trabalho que verse sobre o tema do tratamento jurídico conferido à herança digital em nosso país não pode desconsiderar o significativo aumento da utilização de recursos tecnológicos por grande parte da população brasileira, intensificado, ainda que de modo forçado, por causa das medidas de distanciamento social impostas para o combate da pandemia sanitária provocada pela Covid-19.

Para muitos núcleos familiares, o período pandêmico ensejou uma verdadeira digitalização forçada de relacionamentos, criando uma necessidade de adaptação a um modo virtual de convivência que despertou nossa atenção para a forma como o crescente emprego de ferramentas tecnológicas vem provocando mudanças em nosso cotidiano. De modo nem sempre consciente, mas explicitamente voluntário, tornamo-nos cada vez mais dependentes de equipamentos eletrônicos inteligentes, que servem aos mais diversos propósitos.[2]

Nos dias atuais, tudo está na nuvem e virtualmente disponível em segundos. Podemos estabelecer redes de contatos com inúmeras pessoas simultaneamente e, ainda assim, um número cada vez maior de pessoas relata sensações de isolamento ou solidão, apesar da farta disponibilização de algoritmos que indicam nosso "par perfeito"

1 Texto originalmente publicado no livro *Tratado de Direito das Sucessões*, editado pelo IBDFAM sob coordenação de Flávio Tartuce, Giselda Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira em 2023.

2 Para mais informações e reflexões sobre o tema, remete-se ao artigo "Como a utilização da tecnologia impacta nas relações familiares em tempos de pandemia da Covid-19?" **Revista Jurídica Luso Brasileira – RJLB**, ano 6, n. 5, p. 1.527-1.540, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1527_1540.pdf. Acesso em: 8 jun. 2023.

de acordo com o preenchimento de informações num formulário padronizado. Se vivemos na fase da denominada sociedade da informação, muitos procuram transformar suas próprias vidas num espetáculo a ser acompanhado por qualquer um que se interesse, pouco valorizando cânones clássicos relacionados à privacidade, especialmente quando os aplicativos criados pelo avanço tecnológico permitem a governos e grandes conglomerados econômicos monitorar e vigiar todos os nossos passos em tempo real, armazenando o máximo de informações sobre nossos hábitos, preferências e interações sociais.

Muita gente passou a medir a credibilidade e a reputação das outras pessoas baseando-se exclusivamente no número de seguidores e de *likes*, vale dizer, de curtidas em postagens em redes sociais, que cada vez mais avançam sobre o espaço antes considerado intransponível: a intimidade de nossas casas e de nossos próprios relacionamentos. Ser um *digital influencer* virou plano de "carreira" de quem começa a ingressar no mercado de trabalho e busca alternativas aos vínculos formais.

A discussão sobre o acesso a informações e a dados disponibilizados em redes sociais ganha contornos ainda mais complexos quando ingressamos no campo do direito das sucessões, com os recentes debates sobre a herança digital, cuja terminologia não contribui para a distinção do que se considera espaço de proteção de direitos personalíssimos do falecido, daquilo que implica disponibilização de bens e direitos de valor patrimonial que devem ser transmitidos aos seus herdeiros.

Será que você ficaria confortável em saber que, depois da sua morte, seus filhos ou netos poderiam ter acesso a todas as mensagens que você já enviou ou recebeu durante todo o período de permanência nas redes sociais? E o que fazer quanto a isso? Será que as cláusulas das condições gerais do contrato estabelecido com o provedor da aplicação são suficientes para evitar o acesso a tais informações?

O tema da "herança digital" está cada vez mais presente nos eventos jurídicos e trabalhos sobre os impactos da tecnologia no campo das relações privadas. O primeiro desafio é preencher de significado

o termo, para, em seguida, apresentar algumas reflexões sobre a administração de ativos digitais em nosso ordenamento jurídico.

AFINAL, O QUE DEVEMOS COMPREENDER POR "HERANÇA DIGITAL"?[3]

Existem diferentes pontos de vista para o que se deve considerar "herança digital", razão pela qual se sugere remeter aos problemas da transmissão de bens digitais *causa mortis*. Muito do dissenso acerca do tema diz respeito a compreensões diversas sobre o que deveria compor o acervo de bens digitais, especialmente quando nos deparamos com a exploração econômica de bens personalíssimos como, por exemplo, o uso da imagem em plataformas digitais e redes sociais.

Na falta de normas específicas sobre o assunto, o maior desafio é aplicar regras e princípios, concebidos para um mundo analógico, a situações em que não há suporte físico, vale dizer, que não dependem do papel e acontecem, por exemplo, no tráfego de dados da rede mundial de computadores.

Os debates sobre a herança digital vêm sendo apresentados sob os mais diversos matizes, ora envolvendo aspectos de direito sucessório, ora se expandindo para o campo puramente contratual ou da tutela da propriedade, ora atingindo aspectos relacionados à proteção da privacidade – originados, em geral, na disciplina do Código Civil, cuja arquitetura pressupõe a existência de paridade entre os figurantes da relação jurídica.

Já é possível encontrar discussões doutrinárias sobre precedentes judiciais que tratam do acesso a contas digitais de uma pessoa falecida. Contudo, o assunto está apenas começando. Nos próximos anos, problemas envolvendo titularidade de criptomoedas, milhas aéreas e pontos em programas de fidelidade, acervo de livros e músicas digitais, além de controvérsias sobre a exploração econômica de canais de

3 Este item foi baseado nas reflexões apresentadas pelo autor em editorial publicado **na Revista Fórum de Direito Civil (RFDC)**, ano 9, n. 24, p. 7-8, maio/ago. 2020.

vídeo e contas pessoais em redes sociais devem se intensificar no Judiciário, que infelizmente não parece estar preparado para lidar com toda a complexidade de tais situações.

Precisamos identificar e distinguir bens digitais de conteúdo econômico (titularidade de um livro eletrônico, por exemplo) da expressão pessoal do indivíduo no universo virtual. Todos temos uma *persona* digital, vale dizer, um "corpo eletrônico", uma expressão do exercício de nossa personalidade, direito indisponível e intransmissível, no universo virtual.

Não podemos tratar todas as situações virtuais da mesma forma. Aqueles que utilizam o direito à privacidade como forma de limite à transmissibilidade dos "bens digitais" estão justamente buscando conferir tratamento distinto a cada uma das situações, o que nem sempre é fácil de identificar, pois vivemos no tempo da "sociedade do espetáculo", no qual muitos de nós, voluntariamente, abdicam de suas expectativas de privacidade e buscam retorno financeiro com tais comportamentos.

Se grande parte de nossa rotina acontece num ambiente digital, é natural que acumulemos arquivos de mídia (fotos, vídeos, música), documentos (cartas, memorandos, apresentações e planilhas) e mensagens (áudio, texto) que integram o universo de coisas que podem ser objeto de uma relação jurídica. Esse diversificado conjunto de *bytes* ocupa um espaço crescente em nossas vidas. Qual deve ser o destino desse acervo de bens digitais depois de nossa morte?

BENS OU ATIVOS DIGITAIS: EM BUSCA DE UM CONCEITO

Antes de se discutir a transmissão dos bens digitais, é preciso delimitar os contornos desta categoria.[4] É justamente na disparidade

4 As reflexões sobre a natureza jurídica dos bens digitais foram retiradas de trabalho anterior do autor, denominado "Código de Defesa do Consumidor e a Herança Digital", artigo publicado no livro *Herança Digital: controvérsia e alternativas*, editado pela Editora Foco, sob a coordenação de Ana Carolina Brochado Teixeira e Lívia Teixeira Leal, que se encontra em sua segunda edição.

de compreensões sobre o tema que reside boa parte das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Um ponto de partida para responder à indagação proposta é analisar se estamos diante de uma nova categoria, ou se a compreensão tradicional acerca dos bens jurídicos é suficiente e adequada para tratar do problema.

Costumamos definir bem como tudo aquilo que satisfaz uma necessidade. Essa noção nem sempre foi a mesma ao longo da nossa evolução histórica, já que a ideia de utilidade guarda estrita relação com as necessidades de um dado momento, ora se limitando a necessidades puramente vitais direcionadas à própria sobrevivência do indivíduo, ora exigindo a satisfação de aspectos relacionados ao atual estágio de desenvolvimento cultural, econômico e técnico da realidade contemporânea. Isso exige a tutela de bens imateriais, independentemente de sua expressão econômica, do mesmo modo como tradicionalmente se protegem bens materiais com valor pecuniário.

Sob o ponto de vista jurídico, bem é aquilo que pode ser objeto de uma relação jurídica, vale dizer, "utilidades materiais ou imateriais que podem ser objeto de direitos subjetivos".[5] Carlos Roberto Gonçalves ensina que todo direito tem seu objeto, sobre o qual se desenvolve o poder dos sujeitos de direito, como instrumento de realização de suas finalidades jurídicas.[6]

Todavia, o conceito de bem não se exaure nas hipóteses acima comentadas. Prestações, ou seja, uma conduta humana (comissiva ou omissiva, que enseje uma obrigação de dar, fazer ou não fazer) também pode ser objeto de uma relação jurídica, assim como direitos sobre outros direitos. Importante perceber que a noção jurídica de bem é mais ampla do que a econômica, pois não fica restrita às coisas suscetíveis de apreciação pecuniária, abrangendo tudo aquilo que atende a nossas necessidades e está amparado pela ordem jurídica.

5 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil.** Teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 306.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 233. 1v.

Logo, podemos afirmar que "todo bem econômico é jurídico, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo bem jurídico é econômico".[7]

Pelas opiniões doutrinárias acima apontadas, não é difícil concluir que o acervo digital de nossas vidas se enquadra na definição de bem jurídico. No entanto, tal categoria precisa ser ressignificada para que os elementos de seu suporte fático sejam adequadamente traduzidos para o mundo digital. Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal, em artigo no qual apresentam propostas para a regulação da herança digital no Direito brasileiro, aduzem que a doutrina pátria costuma dividir o "patrimônio digital" de seguinte forma:

> De tais vetores, a doutrina costuma dividir o patrimônio digital da seguinte forma: (i) bens digitais patrimoniais, aqueles conteúdos que gozam de valor econômico, como milhas aéreas, bibliotecas musicais virtuais, acessórios de videogames e outros; (ii) bens digitais personalíssimos, que compreendem aquela parte do acervo dotado de valor existencial, seja do titular, seja de terceiros com os quais se envolveu, a exemplo de correios eletrônicos, redes sociais como o *WhatsApp* e o *Facebook*, e outros; (iii) por fim, os bens digitais híbridos, cujo núcleo seja abrangido tanto por conteúdo personalíssimo como patrimonial, como contas do *YouTube* de pessoas públicas que são monetizadas pela elevada quantidade de acessos.[8]

7 GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 200, p. 179. Aqui, para melhor delimitação da compreensão contemporânea da tutela dos bens jurídicos, cabe a reflexão de Gustavo Tepedino e Milena Oliva: "Vê-se, portanto, que a noção de bens jurídicos, embora se situe na estrutura da relação jurídica, só poderá ser compreendida de acordo com a função desempenhada pela situação jurídica que serve de objeto (...). O significado do bem jurídico depende essencialmente do interesse que o qualifica e sua classificação há de ser apreendida na esteira da função que o bem desempenha na relação jurídica" (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil**: teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 181. 1v.).

8 HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). **Direito civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 380-381.

Adverte Paulo Lôbo que "toda pessoa é dotada de um patrimônio, até o mais miserável dos homens", e prossegue lembrando que:

> Não integram o patrimônio da pessoa suas titularidades sobre os bens que não possam ser lançados no tráfego jurídico. Os direitos da personalidade, enquanto tais, são intransmissíveis e intransferíveis, salvo alguns de seus efeitos patrimoniais (direitos patrimoniais de autor, autorização de uso de imagem). Do mesmo modo, o corpo humano. Não integram o patrimônio as qualidades e habilidades da pessoa, ainda que projetem efeitos econômicos, como a competência técnica, o trabalho, a reputação profissional. Passam a ter reflexos no patrimônio quando são lesados, em virtude do valor da reparação pecuniária.[9]

Se é possível distinguir diferentes categorias de bens digitais, é fácil concluir pela impossibilidade de se emprestar tratamento uniforme[10] a todas elas, razão por que a definição proposta por Ana Carolina Brochado Teixeira e Livia Teixeira Leal considera bens digitais "todos aqueles conteúdos constantes na rede, passíveis ou não de valoração econômica, que proporcionem alguma utilidade para o seu titular".[11] Concluem as referidas autoras que "os perfis de redes

9 LÔBO, Paulo. **Direito civil.** Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

10 No mesmo sentido parecem ser as conclusões de Ana Carolina Brochado Teixeira e Livia Leal, que ao tratarem da possibilidade de partilha de bens digitais em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, aduzem: "A discussão a respeito da possibilidade ou não de partilha de bens digitais em decorrência da dissolução da sociedade conjugal envolve o enfrentamento de alguns problemas, como a definição e o estabelecimento de critérios para o enquadramento de um bem como bem digital, a possibilidade de quantificação econômica, ou seja, de conversão dos bens digitais em uma cifra econômica, a definição do regime jurídico aplicável, a determinação da titularidade, e, por fim, a possibilidade ou não de divisão de tais bens" (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). **Direito civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 336).

11 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos;

sociais, os *e-books*, as contas de *e-mail*, jogos virtuais, etc. poderiam ser enquadrados como bens digitais, sendo ou não suscetíveis de apreciação econômica".[12]

Everilda Brandão anota que a migração dos bens corpóreos para o meio digital, naquilo que representa grande parte da intimidade de uma pessoa (como livros, músicas e fotos), cria demandas jurídicas. Sustenta que a forma de sucessão de um bem corpóreo e patrimonial não pode ser tratada do mesmo modo de um bem digital, e pondera que "enquanto os bens corpóreos possuem a marca da apropriação e da tradição, num grande sistema de trocas, o bem digital tem seu pilar na experiência do usuário, por isso sua expressiva carga de direito da personalidade".[13]

CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). **Direito civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 337.

12 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). **Direito civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 337. Ainda sobre este tema, Bruno Zampier distingue os bens digitais "patrimoniais" dos bens digitais "existenciais", sustentando que os primeiros consistiriam em "manifestações da existência de interesses patrimoniais de seus titulares no ambiente virtual", incluindo filmes, músicas, livros, moedas digitais etc., e atraindo a tutela jurídica relativa ao direito de propriedade (LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco, 2017. p. 75.). Por outro lado, a segunda categoria (bens digitais existenciais) corresponderia àquelas informações capazes de gerar repercussões extrapatrimoniais, atraindo a tutela direcionada aos direitos da personalidade.

13 GUILHERMINO, Everilda Brandão. Para novos bens, um novo direito sucessório. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 166-167. Aqui vale destacar uma importante observação da autora: "(...) as políticas de uso das plataformas têm tornado os provedores verdadeiros sucessores de certos bens digitais na medida em que não permitem como regra a sucessão das informações, nem mesmo as de conteúdo econômico" (p. 167). Mais adiante, seguem observações dignas de reflexão: "Mas como suceder algo cuja marca é a experiência e não a apropriação? Uma nova linguagem precisa ser escrita no Código Civil. Não se sucede a experiência existencial do uso de bens digitais, mas é possível ter um direito de acesso, cujas limitações e parâmetros sejam determinados pelo direito das sucessões" (p. 168).

BENS DIGITAIS *OFF LINE* X DADOS DIGITAIS QUE NÃO INTEGRAM RELAÇÕES JURÍDICAS: NEM TUDO QUE CIRCULA PELA REDE PODE SER CONSIDERADO TRANSMISSÍVEL

Importante anotar que nem todo dado existente em ambiente digital integra a categoria de objeto de direito, vale dizer, de um "ativo digital". Não se deve perder de vista que o que caracteriza o objeto de direito é ser atribuível a alguém por uma norma jurídica. Apenas fatos considerados relevantes para o Direito são regulados por norma jurídica.[14]

Desse modo, os dados existentes e inseridos na programação da plataforma de um determinado *site* não estão protegidos, por si sós, pela norma jurídica. Dito de outro modo: pode-se proteger o direito de autor do programador daquele *site,* mas não se protegem todos os dados utilizados para a sua confecção.[15]

Dessa forma, não parece correto afirmar que qualquer arquivo digitalizado é considerado bem digital, independentemente de qualquer utilidade que provoque ao titular.[16] É necessário que haja relevância jurídica, independentemente de o conteúdo estar ou não inserido na internet.

Também não se deve restringir a compreensão dos bens digitais apenas aos ativos que estão armazenados ou disponíveis na rede mundial de computadores. A título de ilustração, imagine-se que um autor renomado escreveu a continuação de uma grande obra e tal

14 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 44.

15 Remete-se o leitor à palestra do autor abordando este tema, que se encontra disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2q7-wDprSJk. Acesso em: 8 jun. 2023. Outro exemplo ajudará a ilustrar melhor a afirmação: dados trocados entre duas coisas, como uma televisão e um *notebook*, para fins de reprodução de um filme existente, contratado mediante serviço de *streaming*, não podem ser considerados dados relevantes, pois não são atribuíveis a alguém. É necessário que haja relevância dos dados para que eles sejam tutelados pelas normas jurídicas.

16 Adota tal raciocínio TAVEIRA JR., Fernando. **Bens digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade:** um estudo sob a perspectiva da dogmática civil brasileira. Porto Alegre: Revolução eBooks-Simplíssimo, 2018, p. 81-83.

documento está salvo na memória de seu computador em formato PDF. Ele falece antes de contratar a publicação do livro. Esse conteúdo não está inserido na internet, mas apenas no *hard disk* do computador ou em um *pen drive*. Isso não significa que não se possa considerá-lo um bem jurídico digital.[17] O mesmo ocorre com as fotografias do casamento de alguém que ainda estão no cartão de memória da máquina fotográfica do profissional contratado para registrar o evento.

Cumprida a tarefa de apresentar o estado da arte acerca da delimitação da compreensão do sentido conferido aos bens digitais – debate que deve ser expandido e ampliado nos próximos anos –, não podemos perder de vista que na falta de legislação específica, o disciplinamento das relações jurídicas a eles relacionadas vem ocorrendo por meio de instrumentos contratuais, normalmente elaborados de modo unilateral pelos fornecedores de produtos e serviços, que se apresentam em evidente vantagem técnica, jurídica e informacional em relação ao outro figurante da relação negocial.

A INCIDÊNCIA DAS NORMAS PROTETIVAS DO CDC SOBRE OS BENS QUE INTEGRAM A HERANÇA DIGITAL[18]

Quando criamos um perfil numa rede social para interagir com parentes e amigos, quando contratamos transporte aéreo para uma viagem de lazer, ou utilizamos nosso cartão de crédito, estamos praticando condutas na condição de destinatário final de um produto ou serviço (art. 2º, CDC), numa relação jurídica com outro figurante que, normalmente, vive profissionalmente da oferta de produtos e serviços, enquadrando-se no disposto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

17 Exemplo extraído de artigo inédito, que se encontra no prelo, tendo como título *Bens jurídicos: notas sobre a sua adequação em tempos (cada vez mais) digitais*, escrito em coautoria com Manoel Victor de Mello Vianna.

18 As reflexões iniciais deste item integram um estudo mais aprofundado do autor, disponível em: EHRHARDT JR., Marcos. Código de Defesa do Consumidor e herança digital. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). **Herança digital:** controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 191-206.

Estabelecidas as premissas para a incidência do CDC, norma de ordem pública e interesse social, importa esclarecer que o requisito da onerosidade, previsto no seu art. 3º, deve ser interpretado de modo amplo, envolvendo não apenas a contraprestação direta pelo serviço, ou seja, o pagamento em pecúnia para a sua utilização, mas também os ganhos indiretos obtidos pelo fornecedor a partir do tratamento dos dados pessoais dos usuários, principal moeda da nova economia que orienta as relações no mundo digital.[19]

Os serviços que usamos diariamente na internet, tais como redes sociais, buscadores, navegadores, correio eletrônico e armazenamento remoto de arquivos (nuvem), são aparentemente gratuitos, e as plataformas que os disponibilizam estão sujeitas à disciplina do CDC. Desse modo, além da proteção contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços e de nos ser assegurada liberdade de escolha nas contratações, sobressaem do rol de direitos os relacionados à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço.

19 Sobre este tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: "1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor". (REsp 1308830/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 8/5/2012, *DJe* 19/6/2012). Importante destacar também o teor do AgInt no REsp 1678644/BA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/11/2018, *DJe* 16/11/2018, que também trata do tema. Especificamente sobre programas de recompensa, pode-se destacar o seguinte julgado: "APELAÇÃO. Ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de nulidade de cláusula contratual. Sentença de procedência. Programa de fidelidade. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Benefícios de remuneração indireta que atraem número elevado de pessoas, tratando-se, ademais, de fonte de captação de clientes que gera grande lucratividade à empresa. Alteração do contrato. Limitação para resgates de pontos e transferência de milhas a favor de terceiros. Descabimento. Restrição unilateral que prejudica tão somente o consumidor. Sentença mantida. Elevação da verba honorária. Art. 85, § 11, CPC. Recurso não provido". (TJSP. Apelação Cível 1085243-56.2018.8.26.0100; Relator (a): Décio Rodrigues; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 3/3/2020; Data de Registro: 3/3/2020).

É evidente a correlação entre o dever de informar e a boa-fé objetiva prevista no art. 422 do CC/02. Neste diálogo de fontes, as condutas dos figurantes numa relação de consumo devem ser analisadas de modo a proteger o consumidor contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

A importância de tais direitos fica em evidência quando analisadas situações contratuais concretas. Por exemplo, os "Termos de Uso da Loja *Kindle*",[20] de propriedade da empresa Amazon, uma das principais vendedoras de livros digitais, estabelece que uma vez realizado o pagamento pelo usuário de todos os valores aplicáveis, incluídos os impostos, "[...] o Provedor de Conteúdo concede a você o direito não exclusivo de visualizar, utilizar e exibir este Conteúdo *Kindle* de forma ilimitada [...]. Todo Conteúdo *Kindle* é apenas licenciado pelo Provedor de Conteúdo, não sendo vendido".

Adiante, complementa tais informações: "exceto se especificamente indicado de forma diferente, você não poderá vender, alugar, arrendar, distribuir, sublicenciar ou transferir quaisquer direitos ao Conteúdo *Kindle* ou qualquer parte dele a terceiros [...]". Assim, diferentemente do que parece sugerir a publicidade utilizada pela empresa, o consumidor não adquire a propriedade do livro digital, mas sim o direito não exclusivo de visualizar, utilizar e exibir o conteúdo. Aparenta, portanto, haver tão somente o direito de acesso do consumidor em usufruir das vantagens do livro digital, e não a aquisição da propriedade, com evidente impacto sobre o direito sucessório, afinal, se não sou dono, não posso pretender transmitir tais itens aos meus sucessores.

Essa questão não se limita aos serviços de comercialização, vale dizer, à disponibilização de conteúdo *online*, comumente denominado de *streaming*. O grande esforço publicitário para a divulgação de programas de recompensas ou fidelidade, como, por exemplo, os

20 AMAZON. **Termos de Uso da Loja Kindle.** 2010. Disponível em: https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950. Acesso em: 8 abr. 2022.

programas de milhas aéreas,[21] infelizmente não corresponde ao cuidado esperado com a transparência e o efetivo esclarecimento do usuário quanto aos termos de uso.

Fácil localizar nos *sites* as alegadas vantagens de adesão ao programa, embora não seja igualmente simples encontrar o inteiro teor dos termos de uso para a compreensão das responsabilidades contratuais dos envolvidos. O senso comum e a experiência nos ensinam que significativa parte dos consumidores desconhece os limites dos programas de recompensa, atribuindo erroneamente aos pontos natureza jurídica equivalente à moeda corrente.

Atualmente, muitas pessoas são surpreendidas quando informadas acerca da não transmissibilidade dos pontos em programas de recompensas, seja em programas relacionados a cartões de crédito, bancos e lojas de varejo, seja em companhias aéreas. Na ausência de uma legislação sobre o tema, o assunto é disciplinado de modo diverso por cada um dos contratos de cada programa.

Existe um crescente mercado paralelo voltado à comercialização desses pontos, numa lógica que igualmente se aplica a perfis em redes sociais (*v.g.*: canais no *YouTube*) e itens obtidos em plataformas de jogos eletrônicos, nas quais se cobiçam número de seguidores, itens raros que conferem vantagens nas partidas, entre outros aspectos que servem para quantificar o valor das transações.

Do ponto de vista da teoria contratual clássica, negócios jurídicos celebrados entre um titular de conta de um programa de recompensas com um terceiro (compra e venda, doação, cessão, etc.), sem a anuência do outro contratante, o fornecedor titular do programa, não geram efeitos em observância ao princípio da relatividade dos contratos, cuja aplicação não se limita aos contratos paritários regidos pelo Código Civil, alcançando também os contratos de consumo. Seguindo esse raciocínio, não seria possível transmitir aos sucessores direitos e

21 Sobre o específico tema da transmissibilidade das milhas aéreas, remete-se o leitor a VIANNA, Manoel Victor de Mello; EHRHARDT JR., Marcos. As milhas aéreas e a herança digital: comentários à luz do REsp nº 1.878.651/SP. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, ano 12, n. 32, p. 199-209, jan./abr. 2023.

pretensões que estão submetidos a termo resolutivo (morte do titular) expressamente previsto nos termos de uso.

Há de se refletir acerca da possibilidade do reconhecimento judicial, mediante análise do caso concreto, da abusividade de tais disposições negociais impostas ao participante dos planos de recompensas, fazendo incidir na espécie o disposto no art. 51 do CDC, que considera nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade", nos precisos termos do inciso IV do referido dispositivo.

Este inciso considera exagerada a vantagem que (i) ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, (ii) restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual, ou (iii) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Os critérios acima destacados devem ser considerados após a verificação do modo como as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores foram apresentadas, pois diante da impossibilidade de compreensão fácil e imediata do seu teor, permitir-se-á o controle judicial dos abusos cometidos pelos consumidores.[22]

A discussão acerca da incidência do CDC para fins de invalidação do conteúdo negocial em sede de processo de inventário esbarra em dois aspectos fundamentais: (i) no que se refere à relação processual em si, deve-se destacar que os fornecedores dos serviços responsáveis pelos termos de uso ou condições gerais do serviço não são parte do processo de inventário. Junte-se a isso o (ii) limite imposto ao magistrado pelo art. 612 do CPC/15, segundo o qual o juiz deve remeter para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.

22 TJSP. Apelação Cível 1004910-29.2019.8.26.0506; Relator (a): Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 3/12/2020; Data de Registro: 3/12/2020.

DA HERANÇA DIGITAL E SUA ADMINISTRAÇÃO

Como visto acima, cada um à sua maneira – construindo o entendimento a partir de concepções clássicas, ou pugnando pelo estabelecimento de contornos para novas categorias – admite a existência de ativos digitais que podem ser objeto de transmissão por causa da sucessão do seu titular. Resta perquirir se as regras estabelecidas no livro das sucessões de nosso Código Civil vigente são suficientes para disciplinar todas as questões relacionadas à denominada herança digital.

O ponto de partida para o raciocínio apresentado neste tópico é a premissa da eficácia plena das normas sucessórias descritas na legislação em vigor a todos os itens da universalidade de direitos que denominamos espólio. Nos termos do disposto no art. 1.791 do CC/02, a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Anote-se que por força do princípio da *saisine*, falecendo o autor da herança, forma-se, em abstrato, uma massa patrimonial cuja titularidade, do ponto de vista ideal, "passa aos herdeiros, ainda que não se conheça quem eles sejam (e nem mesmo eles saibam que são os sucessores)".[23]

O que ocorre com os bens do falecido até o compromisso do inventariante? Enquanto não se der a partilha de bens, é de imposição de ordem prática a definição de um administrador dos bens, direitos e obrigações deixados pelo *de cujus*, para que a totalidade patrimonial que denominamos herança seja conservada, assegurando-se a continuidade das atividades e a eventual solução das dívidas.[24]

Enquanto ente não personificado, é preciso definir questões relativas à gestão, vale dizer, a administração do acervo condominial e sua representação, tanto judicial quando extrajudicial. Neste ponto, o art. 614 do CPC/15 estabelece os contornos da figura do administrador

23 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1.521.

24 LÔBO, Paulo. **Direito civil.** Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 74.

provisório, a quem se concedem poderes temporários de administração e representação do espólio, que cessam com o início da inventariança.

Atente-se que não é necessária nomeação judicial de administrador provisório, pois esse papel deve ser exercido nos termos do disposto no art. 1.797 do Código Civil, o qual estabelece que, até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I – ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; II – ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;[25] III – ao testamenteiro; IV – a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz, como, por exemplo, gestão ruinosa ou apropriação indevida de bens em prejuízo dos herdeiros.[26]

Por tal razão, costuma-se destacar que nosso ordenamento jurídico não admite solução de continuidade na administração dos bens do espólio, impondo-se, inclusive, uma ordem preferencial para a nomeação do inventariante. É preciso repensar a referida ordem legal para a nomeação de inventariante, pois o mais importante na escolha de quem vai exercer tal função deveria ser a aptidão para a gestão ou administração do acervo patrimonial do espólio, tarefa que poderia ser desempenhada em conjunto por mais de uma pessoa, a depender da complexidade do caso concreto.

Não fosse isso o suficiente, diante do envelhecimento da população, verificam-se, cada vez com mais frequência, situações nas quais aquele que prioritariamente deveria figurar como inventariante já está em idade avançada, muitas vezes necessitando de auxílio para gerir seus próprios bens e as atividades cotidianas, carecendo,

25 Importante anotar que se quem estiver na administração do patrimônio for sucessível de outra classe (exemplo, o neto, existindo os filhos herdeiros), não é considerado herdeiro para fins da administração da herança (Cf. LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 75).

26 Cf. LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 75.

por conseguinte, de melhores condições para exercer o múnus de administrador dos bens do espólio.

Como já apontado acima, por se tratar de uma universalidade de direitos, com natureza de bem imóvel (art. 80, inciso II, CC/02), até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, até no que se refere aos ativos digitais, será indivisível e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Se a posse indireta do acervo de bens que compõem o espólio pertence a todos os condôminos, compete ao inventariante a posse direta,[27] afinal é dele a tarefa de administrar os bens da herança até que se dê a partilha. Situação que ocorre frequentemente é a disposição por parte de um herdeiro sobre um dos bens componentes da herança sem autorização expressa do juiz, tais como locação a um terceiro.

Trata-se de ato ineficaz, do mesmo modo que ocorre com qualquer tentativa de cessão de bem determinado do espólio, uma vez que os herdeiros são titulares de parte ideal da universalidade de bens que compõem a herança.[28] Pode-se afirmar, em síntese, que não deve produzir efeitos a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.[29]

---

27 SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 1.582.

28 Neste ponto, ensina Paulo Lôbo que embora considerada ineficaz, tal cessão de bem determinado permanece válida "apenas quanto ao percentual que corresponder à parte ideal do herdeiro cedente, para fins da futura partilha, cuja quota poderá ou não ser integrada pelo referido bem, mas não em virtude da cessão". (LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 77).

29 Por tal razão, "nenhum bem, singularmente considerado, pode ser alienado sem unanimidade dos herdeiros e autorização judicial (art. 1.793, § 2º, CC). Se um dos herdeiros se opuser à alienação injustificadamente, os demais poderão pedir ao juiz que supra a vontade dele (art. 1.793, § 3º, CC)". (OLIVEIRA, Carlos Elias de; COSTA NETO, João. **Direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 1387). Sobre este tema, interessante destacar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça: "CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. MENÇÃO MERAMENTE EXEMPLIFICATIVA DOS BENS PERTENCENTES A QUOTA-PARTE DO CEDENTE NÃO SE CONFUNDE COM A VEDAÇÃO CONTIDA NO § 2º DO ART. 1.793 DO CC/02. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 2. O § 2º do art. 1.793 do CC/02 tem como ineficaz a cessão de direitos hereditários relativa a

Sobre o tema da cessão da herança, ensina Paulo Lôbo que como a herança é um todo indivisível, segundo as regras do condomínio, até que se dê a partilha, "cada herdeiro é titular de uma parte ideal, desde a abertura da sucessão". Desse modo, da mesma forma como ocorre com o condomínio, a parte ideal pode ser transferida para outro herdeiro ou para terceiro, mediante instrumento público de cessão gratuita ou onerosa.[30]

Explica o referido autor que "cede-se não a qualidade, mas, propriamente, a posição de herdeiro, inclusive para fins de aceitação e petição da herança". Cumpre anotar que por ser equiparada a bem imóvel para fins legais, não é possível a cessão da herança com utilização de instrumento particular, o que somente poderia ser empregado na hipótese do contrato preliminar de promessa de cessão,[31] que por força do disposto no art. 462 do CC/02, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado, exceto quanto à forma.[32]

---

bem singular do monte-mor, mas não veda a referência feita de forma meramente exemplificativa de bem pertencente a quota-parte do direito que o cedente pode vir a receber sobre a sua participação no inventário. 3. Enquanto não ultimada a partilha, o herdeiro não poderá ceder um bem específico do monte, porque ele ainda faz parte da universalidade. 4. Viável, contudo, a cessão universal ou parcial de direitos hereditários, cientificados os demais herdeiros, e havendo autorização judicial. 5. Recurso especial parcialmente provido". (REsp n. 2.042.491/DF, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/5/2023, *DJe* de 25/5/2023)

30 Atenção para a natureza jurídica e o tratamento conferido à cessão de direitos hereditários. Na hipótese de cessão gratuita, aplica-se o tratamento jurídico dispensado ao contrato de doação. Seguindo tal raciocínio, poder-se-ia imaginar que a cessão onerosa sempre receberia tratamento equivalente ao de um contrato de compra e venda. No entanto, para Paulo Lôbo, "a cessão onerosa, dependendo de sua finalidade, equivale à compra e venda, quando a totalidade ou a parte ideal é transferida mediante o pagamento de preço; equivale à permuta, quando a parte ideal tem como contrapartida a entrega de outro bem, sem pagamento de preço ou quando este for apenas complementar; equivale à dação em pagamento, quando a parte ideal for entregue ao credor para solução de dívida" (Cf. LÔBO, Paulo. **Direito civil.** Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 77).

31 LÔBO, Paulo. **Direito civil.** Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 76.

32 Gustavo Tepedino, Ana Nevares e Rose Vencelau aduzem que "a cessão da herança se restringe ao quinhão de que dispunha o cedente no momento da celebração do contrato. Dessa forma, na hipótese de o quinhão aumentar por motivo superveniente, o acréscimo pertencerá ao cedente que, afinal, não perde a qualidade de herdeiro. O § 1º do art. 1.793 do Código Civil presume que os direitos conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou direito de acrescer não são abrangidos pela cessão

Pelo exposto, a legislação vigente (art. 1.793, CC/02) impõe que a cessão ocorra por escritura pública, que, entretanto, prescinde de registro no cartório de imóveis para que tenha eficácia perante o espólio. Contudo, para que a cessão de direitos hereditários possa produzir efeitos contra terceiros, e não apenas entre os herdeiros, é necessário seu registro no registro de títulos e documentos, por força do que preconiza o art. 129 da Lei de Registros Públicos.

Atente-se para o fato de que as regras condominiais incidentes sobre o espólio impõem direito de preferência aos demais coerdeiros, razão pela qual nenhum deles poderá ceder a sua quota hereditária à pessoa estranha à sucessão, se outro coerdeiro a quiser, por força do disposto no art. 1.794 do CC/02. A preferência só é assegurada se o coerdeiro quiser a fração cedida a tanto por tanto, isto é, pagando ao herdeiro-cedente o mesmo valor que pagaria o terceiro.[33]

Em referência ao disposto no art. 1.795 do CC/02, Flávio Tartuce anota que se o coerdeiro for preterido em tal direito, poderá, depositando o preço, valer-se da ação de adjudicação, no prazo decadencial de 180 dias, a fim de haver para si a quota cedida a terceiro. Atente-se para o fato da controvérsia acerca da definição do termo inicial para a contagem do prazo aqui referido: como regra geral, ele deve ser contado a partir da transmissão do bem. No entanto, na hipótese de o negócio translativo ocorrer sem a formalidade legal imposta pelo art. 1.793 (isto é, por documento particular, sem lavratura de escritura pública), o prazo só deverá ser contado a partir da ciência da realização da alienação por aqueles que foram preteridos.[34]

Também é preciso atentar para a regra do *ultra vires hereditatis*, consagrada no art. 1.792 do Código Civil vigente, segundo a qual o

---

feita anteriormente. Trata-se de presunção relativa, pois o contrato de cessão pode disciplinar diversamente o destino do acréscimo". (TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil:** direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 39).

33 TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil:** direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 39-40.

34 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 1.435.

herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança. Em seus comentários ao referido dispositivo, Paulo Lôbo ensina que "prevalece, na atualidade, a separação entre o patrimônio herdado e o patrimônio próprio do herdeiro. O herdeiro responde pelas dívidas do *de cujus* até o limite do valor da herança que receber. Se as dívidas absorverem todo o ativo, os herdeiros nada recebem".[35]

As disposições acima citadas se aplicam a um perfil comercial em rede social, como também a uma conta em um jogo eletrônico, ou ao acervo de arquivos digitais de titularidade do autor da herança. No entanto, a forma de avaliação de eventual conteúdo patrimonial desse acervo digital merece a atenção do magistrado e dos herdeiros.

Ainda não há consenso sobre os critérios e parâmetros para a avaliação patrimonial de um perfil em rede social, que pode, por exemplo, basear-se no número de seguidores (este não deve ser confundido com o número de visualizações de determinada postagem ou de curtidas) que estão relacionados a uma foto, vídeo ou comentário específico, não representando o conteúdo integral do perfil ou canal em avaliação.

Nada obstante, será preciso ao magistrado fixar um marco temporal para a análise de tais números, pois a experiência empírica nos tem mostrado que, após a morte de uma pessoa pública, o número de seguidores do falecido costuma aumentar nas semanas seguintes à abertura da sucessão.

35 LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 80. Ainda sobre o tema, "na hipótese de passivo superior ao ativo, mesmo assim mostra-se necessário o inventário, com finalidade de fixar a separação patrimonial e assim evitar a responsabilidade pessoal do herdeiro. Embora sem previsão legal específica, admite-se o inventário negativo, isto é, sem bens a transmitir. Sua utilidade se apresenta em várias situações. O inventário negativo se mostra necessário, por exemplo, para afastar as causas suspensivas do casamento, a permitir o casamento que não seja pelo regime de bens da separação obrigatória. Imagina-se ainda que, mesmo na inexistência de bens, existam deveres a cumprir, como providências bancárias ou outorga de escrituras, de maneira que no inventário negativo o inventariante nomeado poderá dar cumprimento" (TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil:** direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 20. p. 41).

Se, tradicionalmente, considera-se como marco temporal para a apuração de haveres, a data da abertura da sucessão, a peculiaridade da manutenção da presença digital do falecido no universo digital para depois de sua morte pode gerar controvérsias sobre a acurácia da perícia desenvolvida para a liquidação dos valores dos ativos sujeitos à transmissão para seus herdeiros.

Resta ainda a definição de quem será o profissional escolhido pelo magistrado para atuar como perito, pois recorrer a contadores ou advogados com experiência na avaliação de sociedades empresárias, mas sem vivência específica no mercado digital, não parece ser a melhor alternativa quando se verifica que a mensuração do valor econômico de perfil em redes sociais costuma ocorrer pelo impacto das postagens no mercado publicitário (*v.g.,* considerando-se sua visibilidade e a interação com os seguidores).

Com a abertura da sucessão, os ativos digitais podem continuar acessíveis caso o falecido tenha compartilhado suas senhas com outra pessoa, ou podem ficar imediatamente indisponíveis aos herdeiros, mesmo que possuam natureza de bens patrimoniais ou representem expressão econômica da exploração de bens personalíssimos.

Neste caso, é importante verificar se o autor da herança, em vida, lançou mão de ferramentas disponibilizadas pelos provedores de aplicações para a gestão de seus interesses personalíssimos, como, por exemplo, "contato herdeiro" (*Facebook*), "contato de legado" (*Apple*) ou "contato de confiança" (*Google*),[36] cuja natureza jurídica e função não podem rivalizar com as atribuições do inventariante para a tutela dos ativos patrimoniais do espólio.

Neste diapasão, a previsão dessas funções nos termos de uso das plataformas e demais serviços digitais, de natureza negocial, não pode prevalecer sobre as normas de ordem pública que regem a sucessão legítima, sendo importante, neste particular, destacar que as regras sucessórias descritas no Código Civil não foram desenhadas para

36 Sobre este tema, cf. FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A natureza jurídica do contato herdeiro *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança digital.** Indaiatuba: Foco, 2022. t. 2.

a tutela de aspectos existenciais do falecido, cuja *ratio* não pode ser equiparada à mera proteção patrimonial das disposições de última vontade.

É preciso atentar para as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, exigindo do julgador maior cuidado no dever de fundamentação de suas decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora sejam evidentes os inúmeros avanços na sociedade e no Direito Civil no decorrer do século passado, com ênfase nas duas últimas décadas, poucas foram as mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002 no Direito das Sucessões, diferentemente do que ocorreu com o Direito de Família, que refletiu essa evolução no sistema jurídico brasileiro, mormente após a promulgação da Constituição de 1988.

Enquanto não dispusermos de normas específicas para tratar da complexa questão da herança digital, é preciso ressignificar a legislação em vigor, mediante uma interpretação prospectiva que considere a função dos institutos e dialogue com as diversas fontes normativas.

Este capítulo limitou-se a abordar a questão da transmissibilidade dos bens digitais de conteúdo evidentemente patrimonial, representando apenas uma fração da discussão de um assunto complexo, a merecer maior atenção da doutrina pátria, pois, no que se refere à nossa presença no mundo digital, a abertura da sucessão não encerra todas as controvérsias relacionadas à memória das pessoas falecidas, tema que por si só merece uma análise específica.

Até que tenhamos regras sobre o tema, deve-se ressaltar a importância de incluirmos o destino de ativos digitais no planejamento sucessório do autor dos bens da herança, que de modo livre e consciente, com clareza das opções e adequação às peculiaridades do caso concreto, poderá determinar o destino de seus bens nos limites traçados pelo ordenamento jurídico. Para tanto, deve se valer de instrumentos

clássicos como o testamento, que vem sendo ressignificado na direção da concretização de novas funções, a fim de evitar conflitos póstumos, vale dizer, litígios entre sucessores e terceiros, que costumam quase sempre trazer consigo efeitos indesejados para todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

AMAZON. **Termos de Uso da Loja Kindle.** Disponível em: https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950. Acesso em: 8 abr. 2022.

EHRHARDT JR., Marcos. Código de Defesa do Consumidor e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas.** Indaiatuba: Foco, 2021.

EHRHARDT JR., Marcos. Como a utilização da tecnologia impacta nas relações familiares em tempos de pandemia da Covid-19? **Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB,** ano 6, n. 5, p. 1.527-1.540, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1527_1540.pdf. Acesso em: 8 jun. 2023.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A natureza jurídica do contato herdeiro *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança digital.** Indaiatuba: Foco, 2022, t. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito civil. **Teoria geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. Para novos bens, um novo direito sucessório. *In:* TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório.** Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 161-174.

HIRONAKA, Giselda. Direito das sucessões. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). **Direito civil e tecnologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 393-407.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais.** Indaiatuba: Foco, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil. Parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil. Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2023.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Elias de; COSTA NETO, João. **Direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TAVEIRA JR., Fernando. **Bens digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade**: um estudo sob a perspectiva da dogmática civil brasileira**.** Porto Alegre: Revolução eBooks-Simplíssimo, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros. *In:* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo

(coord.). **Direito civil e tecnologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 333-346.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil:** direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil:** teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VIANNA, Manoel Victor de Mello; EHRHARDT JR., Marcos. As milhas aéreas e a herança digital: comentários à luz do REsp nº 1.878.651/SP. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC,** ano 12, n. 32, p. 199-209, jan./abr. 2023.

7. A UNIVERSIDADE DE COIMBRA E OS MAGISTRADOS COLONIAIS

George Sarmento

INTRODUÇÃO: OLHOS E OUVIDOS DO REI

O papel da magistratura na consolidação do domínio português sobre os territórios de além-mar é um dos temas mais importantes para a compreensão do período colonial, sobretudo nos séculos XVII e XVIII. A configuração político-administrativa da colônia passa pela influência de juízes e desembargadores na sociedade brasileira, controlada por senhores de engenho, plantadores de cana, comerciantes de madeira, criadores de gado e, até mesmo, traficantes de escravos. O sistema judiciário foi ardilosamente concebido para consolidar poder monárquico em suas colônias.

A Coroa necessitava de ministros que, ao mesmo tempo, administrassem a justiça e incorporassem a autoridade real em toda sua grandeza e onipresença. Os magistrados enviados para as colônias deveriam reunir atributos como conhecimento jurídico, honestidade, obediência e lealdade ao rei. A legitimidade para o exercício das funções passava obrigatoriamente pelo reconhecimento dos bons serviços prestados nas comarcas. O desvio de conduta era punido com severidade, sobretudo em casos de corrupção, favoritismo, crimes sexuais, descaminho, homicídio e fraudes. Por outro lado, a Coroa procurava proteger os magistrados de calúnias, agressões físicas ou ameaças, infligindo severas punições como açoitamento, exílio e pena de morte.

O ingresso na magistratura era uma opção promissora para os jovens bacharéis saídos dos corredores de Coimbra e dispostos a ocupar postos nas colônias portuguesas. Representava a possibilidade de obtenção de mercês, riqueza, isenções tributárias, força política e ascensão social. Ao serem nomeados, os magistrados geralmente

eram contemplados com títulos de fidalguia, admitidos em ordens militares e religiosas. Além da remuneração do cargo, recebiam gratificações, custas judiciais e ajuda financeira para custear a viagem e a instalação nas comarcas. Também acumulavam várias funções, o que potencializava, ainda mais, os seus ganhos.

A classe dos letrados não tinha necessariamente origem nobre. Os fidalgos preferiam seguir carreiras militares e políticas, em vez de se entediarem com maçantes processos judiciais que se arrastavam por anos na burocracia judicial. Já os jovens oriundos de famílias burguesas viam na magistratura a chance de ascender socialmente e ocupar espaços no serviço real. Dependendo do grau de lealdade ao rei e do zelo com que exerciam a judicatura, eram promovidos a desembargadores, corregedores ou ouvidores, o que lhes assegurava inúmeras vantagens pessoais e familiares. Pouco a pouco, os magistrados formavam uma classe de letrados que rivalizava com os fidalgos quando se tratava de representar o poder real.

A chegada de ouvidor ou juiz de fora na comarca era um grande acontecimento para toda a população. Representava a presença da Coroa no espaço territorial para satisfazer as expectativas de paz social, segurança, ordem, respeito à lei, realização da justiça e proteção dos fracos contra os poderosos. Esperava-se dos magistrados atributos como probidade, prudência, imparcialidade, capacidade de negociação. Cabia a eles combater os salteadores e assassinos, resolver problemas de delimitação de terras, pagamentos de impostos, investigar os responsáveis por rebeliões, administrar bens de defuntos e órfãos, fiscalizar os vereadores, cuidar de assuntos administrativos urgentes. Para desincumbir-se de tantas atribuições, era preciso ter autoridade moral e conhecimento jurídico inquestionáveis, o que só era possível pelas concretas manifestações de confiança do rei no trabalho que desenvolviam em suas circunscrições judiciais.

Entre os séculos XVI e XVII, os juízes designados para o Brasil geralmente encaravam a missão como uma forma de ascender na carreira, servindo lealmente ao rei. Isso os credenciava a voltar à metrópole para assumir postos cobiçados de desembargadores na

Relação do Porto, na Casa de Suplicação, Desembargo do Paço ou integrar um dos Conselhos reais. Essa situação só começou a mudar em meados do século XVIII, quando o Brasil se consolidou como colônia que oferecia oportunidades reais de riqueza, poder, autoridade, prestígio político, alianças matrimoniais com famílias de abastados proprietários e engenhos de açúcar. Por essa razão, muitos magistrados estabeleceram residência definitiva nas comarcas, procrastinando ao máximo a transferência para Portugal, renunciando promoções, aposentando-se ou desistindo da judicatura para se dedicar a atividades comerciais ou agrícolas.

A Administração da Justiça portuguesa na metade do século XVIII era estratégica para a política centralizadora e monopolista da metrópole. Embora o rei procurasse implantar um regime jurídico de racionalidade, a legislação era confusa e contraditória, perdendo-se num emaranhado normativo constituído por regimentos, cartas régias, forais e legislações extravagantes. As Ordenações Filipinas eram o principal parâmetro legal, embora outros instrumentos normativos fossem frequentemente invocados nos processos judiciais. Diante de tamanha diversidade, o direito tinha o desafio de se amoldar à realidade dos territórios ultramarinos.

Longe de assegurar os direitos naturais dos súditos, a legislação foi concebida para garantir o modelo absolutista português. A noção de liberdades individuais era estranha a Portugal. O poder real sempre foi exercido sem nenhuma limitação de ordem legal. O modelo absolutista fundamentava-se na vontade suprema do rei. As ordens por ele emanadas sempre eram dirigidas aos súditos que agiam por delegação nas colônias. Estabeleciam competências, atribuições, procedimentos e sanções que simbolizavam a onipresença do Estado. A burocracia letrada, que atuava em setores como a justiça, a fazenda, a defesa, o fisco e a administração, atuava como uma espécie de *longa manus* do monarca, devendo proteger seus interesses.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA: MONOPÓLIO DO ENSINO JURÍDICO

Durante o período colonial, o ensino superior lusitano restringia-se à Universidade de Coimbra, única instituição existente para a formação de bacharéis. Os reis de Portugal não admitiam a criação de universidades em seus territórios ultramarinos. Temiam que novas instituições universitárias pudessem conspirar contra os interesses da Coroa, criando uma elite intelectual refratária e hostil. No Brasil, as escolas jesuíticas eram responsáveis pela educação básica, mas nunca tiveram autorização para criar faculdades. Isso obrigava o deslocamento dos brasileiros, geralmente filhos da nobreza da terra, para Portugal, onde passavam vários anos em formação universitária.

Em Coimbra, os candidatos aos cursos jurídicos deveriam escolher entre duas faculdades: a de Sagrados Cânones e a de Leis. A Faculdade de Sagrados Cânones gozava de grande prestígio entre os estudantes, pois o seu diploma capacitava o bacharel tanto para as carreiras jurídicas como para funções eclesiásticas, ampliando extraordinariamente as oportunidades profissionais. Sua missão era levar os alunos a conhecer e interpretar o *Corpus Iuris Canonici* e as Decretais Pontifícias. Já a Faculdade de Leis consagrava-se ao estudo do *Corpus Iuris Civilis,* os institutos de direito romano compilados pelo Imperador Justiniano, o mesmo que assumiu o Império Bizantino em 527 d.C[1]. Na prática era um curso de direito civil voltado, exclusivamente, para a formação de advogados, juízes de direito e promotores de justiça.

A partir das reformas do Estatuto da Universidade de Coimbra, ocorridas em 1772, por ordem do Marquês de Pombal, o ensino libertou-se dos rígidos padrões doutrinários e hermenêuticos de raiz escolástica para abraçar ideias iluministas extremamente avançadas para a época. Os cursos passaram a também contar com um conjunto de disciplinas como Direito Natural, História Civil das Nações e Direito

1 FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **O ensino e a investigação do Direito em Portugal e a Faculdade de Direito.** Coimbra: Edição da Faculdade de Direito de Coimbra, 1999. p. 27.

Português, obrigatórias tanto para os alunos de Direito Canônico como de Direito Civil[2].

A decisão de modernizar a Universidade de Coimbra – fundada em 1290 por D. Diniz, uma das mais antigas da Europa – tinha motivações ideológicas e pragmáticas. O Marquês de Pombal estava convicto da urgência em criar um corpo de magistrados letrados que se integraria à burocracia estatal. Eles formariam uma elite qualificada de servidores com a missão de representar os interesses da Coroa nos territórios ultramarinos. Por isso, empenhou-se pessoalmente nas mudanças estatutárias que iriam mudar o perfil dos novos bacharéis, além de criar uma atmosfera intelectual propícia para implantar o novo programa educacional de inspiração iluminista, onde imperavam os ideais de racionalidade, progresso e cientificismo[3].

As reformas pombalinas também promoveram grandes transformações pedagógicas, com a adoção de métodos de ensino modernos que ampliavam a percepção dos alunos para diversos aspectos do conteúdo programático, através do estudo ordenado e sistemático da legislação e do pensamento dos grandes doutrinadores. Novos temas incorporaram-se aos debates acadêmicos, especialmente as ideias fisiocratas e naturalistas que tiveram grande influência na política de exploração das matas nas colônias portuguesas.

A importância atribuída às reformas universitárias foi essencial para a construção de uma elite jurídica, constituída prioritariamente de magistrados lusitanos, que sustentaria os interesses da Coroa nas colônias. Em 1775, os diplomas de Leis e de Sagrados Cânones habilitavam os bacharéis a exercer as carreiras jurídicas – juízes de fora, ouvidores, corregedores, desembargadores, etc.

Ao longo do século XIX, houve algumas tentativas de unificar as faculdades de Leis e Sagrados Cânones. Porém, isso só aconteceria em

2 Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **O ensino e a investigação do Direito em Portugal e a Faculdade de Direito.** Coimbra: Edição da Faculdade de Direito de Coimbra, 1999. p. 33.

3 A Universidade de Coimbra aglutinava as seguintes instituições: Faculdade de Cânones e Leis, Faculdade de Teologia, Faculdade de Matemática e Faculdade de Filosofia.

5 de dezembro de 1836, quando foi criada definitivamente a Faculdade de Direito. A partir daí, ocorreu uma verdadeira revolução no ensino jurídico, com a criação de diversas disciplinas como Direito Criminal, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Medicina Legal, além da ampliação de cadeiras propedêuticas, essenciais para a formação humanista dos alunos.

A política de formação de bacharéis não era exclusiva da nobreza. A Universidade de Coimbra admitia alunos de diversas origens sociais, tornando-se um espaço de oportunidades para quem desejasse assumir elevadas funções na tessitura administrativa e judicial do Reino. Até mesmo os brasileiros de famílias abastadas que tivessem a mesma ambição eram estimulados a transferir-se para Portugal em busca de formação universitária, pois não havia interesse da Coroa em criar universidade na colônia. Em 1675 houve um movimento infrutífero que buscava transformar o Colégio Jesuíta da Bahia em universidade. O ensino jurídico só seria implantado no Brasil com a criação das faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda em 1827.

Portanto, a Universidade de Coimbra era a única instituição do Reino destinada à preparação de novos magistrados, ministrando os conhecimentos necessários ao uso da toga, tanto na metrópole como nas colônias mais longínquas. Os alunos de Direito Canônico como de Direito Civil submetiam-se a um longo programa de estudos que durava cerca de oito anos. Os estudantes podiam se matricular no curso de Direito a partir dos 16 anos, sendo obrigatória a apresentação de certidão de batismo. A idade reduzia-se para 14 anos para ingresso nas faculdades de Matemática e Filosofia. Havia também a possibilidade de o aluno requerer dispensa de idade ao reitor em petição devidamente fundamentada, fato muito comum à época[4].

Concluído o curso de Direito, o letrado podia dar início ao procedimento de leitura de bacharéis, exame que os habilitaria ao

4 BANDEIRA, Ana Maria. **Percurso acadêmico na Universidade de Coimbra nos séculos XVI a XX.** Arquivo da Universidade de Coimbra. Coimbra: s/d. Disponível em: https://www.uc.pt/auc/orientacoes/UC_GuiaPercursoAcademico.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

exercício da magistratura. Cabia ao Desembargo do Paço – Corte de última instância de Portugal – fazer a devassa na vida dos candidatos, incluindo a genealogia familiar, para verificar se estavam aptos para o exercício da magistratura. A inquirição de testemunhas tinha a finalidade de verificar se o candidato preenchia os rígidos requisitos exigidos para a função.

Era preciso esperar pelo menos dois anos para a conclusão dos trâmites, razão pela qual quase todos os juízes eram nomeados entre os 26 e 28 anos de idade, ascendendo na carreira à medida que ganhavam experiência profissional, estabeleciam alianças familiares e políticas, ou destacavam-se nos serviços prestados à Coroa[5].

Os letrados, diplomados pela Universidade de Coimbra, formavam uma elite de grande influência no Reino de Portugal. O ensino universitário foi largamente utilizado para a ascensão social e política de diversas famílias que não pertenciam à nobreza ou à classe dos cavaleiros. Os bacharéis seriam a espinha dorsal da burocracia administrativa nos territórios ultramarinos. Famílias burguesas passaram a ocupar as mais diversas funções judiciais e administrativas, transmitindo aos seus herdeiros a missão de seguir a mesma trajetória dos pais, aproximando-se cada vez mais do poder real e buscando ascender na hierarquia judiciária – até mesmo ocupando espaços nos conselhos reais como o Desembargo do Paço.

A maior parte dos bacharéis era proveniente de famílias sem origem nobre, mas que, pelo domínio das leis e pela lealdade ao rei, terminaram por se transformar em verdadeira aristocracia intelectual, essencial à manutenção das estruturas de poder. Tradicionalmente, a Universidade de Coimbra desempenhou um grande papel na formação de uma elite culta que passou a rivalizar com a nobreza em prestígio e riqueza.

A aprovação do Desembargo do Paço elevava o bacharel a um nível privilegiado na burocracia estatal. A partir daí, o aspirante entrava numa lista de espera até que saísse a sua nomeação. Quase

5 SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1979. p. 234.

sempre o jovem bacharel era nomeado para o cargo de juiz de fora em Portugal ou em uma de suas colônias. Porém, essa era função de passagem, uma espécie de estágio para prepará-lo para assumir um posto de ouvidor-geral, corregedor e, mais adiante, de desembargador – nível mais alto da hierarquia judicial.

Os serviços prestados por esses agentes reais em defesa dos interesses da Coroa asseguravam títulos de fidalguia, bem como o ingresso em ordens religiosas e militares. Essas insígnias foram muito importantes para o fortalecimento da autoridade nos territórios ultramarinos, na medida em que legitimavam os magistrados a administrar a justiça e a impor respeito aos senhores de engenho, comerciantes de madeira, criadores de gado e grandes proprietários de terras.

O aparato judiciário se firmava, assim, como um instrumento de ampliação do poder real, uma vez que a população não se submetia apenas a meros funcionários da justiça, mas a ministros que ostentavam *lettres de noblesse,* brasões de armas, medalhas honoríficas e que dispunham de forte estrutura burocrática à sua disposição.

Surge daí a autoridade simbólica dos magistrados profissionais, capazes de impor respeito e obediência nas comarcas, incorporando a onipresença do rei que, mesmo de longe, exercia controle administrativo, econômico e judicial dos seus vastos territórios. Tal efeito sobre os habitantes só era possível se revestido de liturgia solene que incluía cerimonial vetusto, togas imponentes, linguagem erudita, julgamentos grandiosos, força militar e auxílio de serventuários.

MARQUÊS DE POMBAL E A REFORMA UNIVERSITÁRIA

Sebastião José de Carvalho e Mello (1699-1782), futuro Marquês de Pombal[6], é considerado o mais importante representante da versão portuguesa do despotismo esclarecido no século XVIII. Entre

6 Carvalho e Mello só foi agraciado com título de Marquês de Pombal em 1769, aos 71 anos de idade. Dez anos antes fora nomeado Conde de Oeiras.

1750 e 1777, governou Portugal com carta branca de D. José I, sendo responsável pelas profundas reformas que abriram as portas da modernidade para Portugal.

Em 1750 foi nomeado Secretário de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Guerra. Após o terremoto que assolou Lisboa em 1755 foi convocado para o cargo de secretário de Estado dos Negócios Interiores do Reino, onde permaneceu até a morte do monarca, com a missão de reconstruir a cidade e promover profundas mudanças econômicas, políticas, burocráticas e educacionais, que teriam grande repercussão nas colônias, sobretudo no Brasil.

Antes mesmo de assumir esses cargos, Carvalho e Mello já tinha vasta experiência como diplomata, tendo servido na Inglaterra e Áustria, entrando em estreito contato com as ideias iluministas discutidas em academias e salões aristocráticos. Ideias que iriam inspirar monarcas esclarecidos como Catarina II da Rússia (1729-1796) e Frederico II da Prússia (1712-1786). Além de ler Voltaire e os enciclopedistas, era adepto das ideias cientificistas e mercantilistas como veículos impulsionadores do progresso civilizatório. Acreditava ter a missão de garantir o máximo de racionalidade a um governo ainda preso a ideias obscurantistas e retrógradas.

O poderoso ministro não tinha linhagem nobre. De origem burguesa, ascendeu política e socialmente através de matrimônios vantajosos e grande habilidade diplomática. Casou-se pela primeira vez aos 23 anos após fugir com a viúva Dona Tereza de Noronha Bourbon de Mendonça – dez anos mais velha –, que era sobrinha do Conde de Arcos, união que sofreu grande oposição da família, que não o considerava um partido à altura. Com o falecimento de sua esposa, em 1739, que não lhe deu filhos, seguiu em missão diplomática para Viena onde contraiu segundas núpcias com Maria Leonor Ernestina Daun (condessa de Daun), de cuja união nasceram cinco filhos. O casamento ocorreu em 1746 e contou com o apoio e bênçãos da imperatriz austríaca Maria Tereza.

Em Viena destacou-se como diplomata culto, acessível, equilibrado e conciliador, o que chamou a atenção de Maria Ana – que

assumia a regência em períodos de agravamento da enfermidade de D. João V, então fragilizado por sucessivos derrames cerebrais. Foi ela que o convocou para exercer funções ministeriais em Portugal. No entanto, seu poder chegou ao auge no reinado de D. José I, monarca pouco vocacionado para o exercício do poder – que optou por confiar a Carvalho e Mello a administração do reino após o terremoto, passando a dedicar-se a atividades mais lúdicas como a caça, a cavalgada, os bailes e os concertos.

É impossível entender o Brasil do século XVIII sem a influência do Marquês de Pombal. Adepto do modelo mercantilista, acreditava que a riqueza das nações estava condicionada ao comércio internacional de mercadorias. O Estado monárquico deveria intervir, fiscalizar e supervisionar o fluxo de produtos exportados, além de adotar uma forte política tributária. Com base nessa concepção, criou a indústria manufatureira e companhias de comércio, estimulando a compra de ações – agraciava comerciantes ricos que apoiavam essa iniciativa com mercês e títulos nobiliárquicos.

Por outro lado, fortaleceu a burocracia estatal nomeando jovens bacharéis formados na Universidade de Coimbra para pôr em prática as novas diretrizes políticas, econômicas e judiciais adotadas pela administração portuguesa. Ingressar na magistratura passou a ser uma forma de ascensão social, e "enobrecimento" de militares, funcionários públicos, pequenos proprietários e comerciantes.

Os jesuítas foram os primeiros educadores do Brasil. Abriram escolas, catequizaram índios, utilizando a língua tupi como instrumento de conversão. José de Anchieta chegou a publicar *A arte da gramática da língua mais usada na costa do Brasil*. A Ordem sofreu grandes perseguições, sendo expulsa de Portugal e de suas colônias em 1759. O futuro Marquês de Pombal atribuía a eles a decadência da educação portuguesa e os responsabilizava por diversos crimes. Proibiu o ensino e o uso cotidiano da língua tupi (o português passaria a ser a única língua oficial), extinguiu as capitanias hereditárias ainda existentes e transferiu a capital de Salvador para o Rio de Janeiro.

Livre dos jesuítas, adotou um sistema educacional inspirado no iluminismo, por acreditar que a ciência levaria prosperidade a Portugal, livrando o povo do obscurantismo e da superstição. Mas, a postura iluminista cedia às conveniências e ao pragmatismo do Ministro. Preservou monopólios e privilégios reais e fortaleceu o mercantilismo. Pôs em prática uma política intervencionista nas atividades empresariais, agrícolas, comerciais e minerais, com a cobrança de pesados tributos e a rígida fiscalização sobre as atividades produtivas.

O Marquês de Pombal dedicou muito tempo à reforma da Universidade de Coimbra por considerá-la uma instituição estratégica para seus propósitos. Ela passaria a assegurar formação iluminista a estudantes que, mais tarde, formariam um corpo de funcionários letrados – magistrados, autoridades eclesiásticas, militares de alta patente – porta-vozes de um reino revitalizado, comprometido com os avanços científicos, com a exploração racional de suas riquezas, com a justiça dos súditos e com as atividades comerciais de grande alcance.

Pombal passou a acompanhar pessoalmente a reforma universitária, participando das discussões e supervisionando a construção do prédio. Em 1772, os estatutos foram finalmente publicados em três volumes e enviados para o Vaticano que os acolheu sem ressalvas. O bispo de Coimbra, reitor dos trabalhos de reformulação estatutária, sintetizou a missão da Universidade de Coimbra: "difundir a sabedoria do iluminismo para todas as partes da Monarquia, a fim de revitalizar os ramos da Administração Pública e de promover a felicidade do Homem". No entanto sua maior ambição institucional consistia em formar uma elite dirigente leal ao Rei e disposta a fortalecer a política mercantilista[7].

7 MAXWELL, Kenneth. **Marquês de Pombal – Paradoxo do Iluminismo.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. O autor enfatiza que a estratégia de reconstrução intelectual das elites letradas é essencial para a compreensão do Estado português no século XVIII. E explica o porquê: "Há muitos anos, Fritz Hartung distinguiu claramente entre o absolutismo, ou seja, a forma de governo que não é embaraçada por instituições parlamentares, mas submete-se voluntariamente a leis e a validações os direitos dos súditos, e o despotismo, que equivale a tirania sem peias. O Portugal de Pombal era de certo modo um produto híbrido, parte absolutista e parte despótico. O esforço

Com a reforma pombalina, a Universidade de Coimbra respirava uma atmosfera de grande efervescência intelectual. As ideias iluministas invadiam os corredores da instituição, alimentando acalorados debates sobre a política ultramarina. Um dos temas mais recorrentes era a relação entre homem e natureza. Foi nesse período que os estudantes tiveram contato com as doutrinas naturalista e fisiocrata, ambas determinantes para a política ambiental a ser implantada no Brasil.

Até então a intervenção portuguesa nas colônias baseava-se na exploração predatória dos recursos naturais e na monocultura latifundiária. A nova ideologia que se expandia nos meios universitários preconizava a conciliação entre desenvolvimento econômico e progresso científico, o que implicava uma boa relação entre homem e meio ambiente.

O atraso intelectual e científico da nobreza dirigente era claramente percebido por Pombal. Só uma mudança radical de perspectiva poderia alavancar Portugal para o progresso. O ingresso na ilustração seria possível a partir de um projeto educacional de grande alcance, que abrangesse todas as áreas do saber.

Em 1768, a Universidade de Coimbra contratou o professor italiano Domenico Vandelli. Nascido em Pádua, era um reconhecido naturalista, cujas ideias foram extremamente úteis para fortalecer a orientação mercantilista da Coroa, interessada na exploração exclusiva dos recursos naturais das colônias, confiando aos súditos a missão de descobri-las, estudá-las, catalogá-las. E não eram apenas os naturalistas viajantes que deveriam cumprir essa tarefa. O pragmatismo científico da administração pombalina incluía também altos funcionários como governadores e magistrados.

---

para intensificar os poderes do Estado melhorando a eficiência da administração e do exército estimulando a economia nacional, ou seja, graças a uma política de mercantilismo, nada disso era uma característica do absolutismo esclarecido. Certamente Pombal fez todas essas coisas. Mas Pombal também adquiriu e estabeleceu para o Estado português três monopólios-chaves para o poder: sobre a coerção, sobre a tributação e sobre a criação de leis, o que era realmente a tarefa e o objetivo de um monarquista esclarecido". (p. 169).

A chegada do professor Domenico Vandelli intensificou as pesquisas sobre as riquezas naturais das colônias portuguesas, sobretudo no campo mineralógico e botânico. As teorias do naturalista italiano influenciaram diversas gerações de bacharéis que viriam a ocupar elevados postos na magistratura. A todo o tempo chegavam denúncias de degradação ambiental ocorridas no Brasil: corte indiscriminado de madeiras para a construção, comércio, contrabando e produção de carvão; extinção de diversas espécies da flora da fauna que ainda não tinham sido devidamente estudadas e catalogadas; uso irracional da terra mediante a utilização de técnicas predatórias, etc.[8]

O naturalista paduano ficou responsável pelas obras do Jardim Botânico da Ajuda, de onde mantinha intenso contato com cientistas europeus com o objetivo de trocar experiências e aumentar o acervo de espécies exóticas. Além disso, estimulou viagens de estudos, projetos de modernização das lavouras, exploração de ouro e pedras preciosas. Também exerceu decisiva influência na reforma universitária, apoiando a criação da Faculdade de Filosofia Natural, cujos cursos eram voltados para a formação de pesquisadores em botânica, biologia, agricultura e mineralogia.

A preocupação com o uso dos recursos naturais passou a ser uma das grandes preocupações dos futuros magistrados enviados às colônias. Surgiu uma vasta literatura sobre o tema. Além dos textos de Vandelli, podemos destacar os tratados de Baltasar da Silva Lisboa[9] e José Bonifácio de Andrade e Silva. José de Mendonça Matos Moreira, redigiu os dois mais completos tratados sobre as matas de Alagoas, com a descrição minuciosa de extensão, espécies de madeiras, exploração predatória e providências a serem adotadas para combater

8 PÁDUA, José Augusto. **Um sopro de destruição –** pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista (1786-1888). Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2002. p. 15.

9 LISBOA, Baltasar da Silva. **Discurso histórico, político e econômico dos progressos e estado atual da filosofia natural portuguesa, acompanhado de algumas reflexões sobre o Estado do Brasil.** Lisboa: 1786.

a destruição, provocada pelos incêndios, roçados, engenhos de açúcar, tráfico de paus de construção, etc.[10]

Os estudos de filosofia natural tinham razões utilitaristas, pragmáticas. Não se tratava de genuíno interesse preservacionista, como se poderia supor. Era antes uma estratégia de exploração das riquezas naturais de Portugal e suas colônias. Após o terremoto de 1755, o interesse pelas matas brasileiras atingiu grandes proporções, pois eram necessárias remessas de madeiras para a reconstrução de Lisboa e a reforma da frota marítima. O comércio de madeiras de lei passou a ser a mais importante fonte de renda para o erário, sobretudo após o declínio do ciclo do ouro no Brasil. O contrabando de espécies nativas era nocivo para a economia real, causando vultosos prejuízos. Por outro lado, as queimadas, os roçados e os canaviais avançavam descontroladamente no nordeste brasileiro, provocando a destruição das matas virgens.

Todos esses fatores reforçaram a política monopolista de gestão florestal, que teria nos magistrados seus principais protagonistas. A Coroa tinha todo interesse em enviar bacharéis naturalistas para o Brasil para identificar, catalogar, mapear estudar os recursos naturais, tombar áreas, expulsar invasores, delimitar propriedades, promover devassas judiciais.

Isso fica claro quando se analisa a gestão de D. Rodrigo de Souza Coutinho como secretário da Marinha e Ultramar entre 1796-1801, marcada pelo maciço recrutamento de bacharéis em filosofia natural e em direito para ocupar funções de relevo na burocracia colonial. Graças às memórias, relatórios e pesquisas desses ministros,

10 MOREIRA, José de Mendonça Matos Moreira. As Matas das Alagoas – Providência ácerca dellas e sua descripção. **Revista do Instituto Histórico, Geographico, Ethnographico do Brasil**, Tomo XXII. Rio de Janeiro: 1859. Originariamente escrito em 1797. Relação das Mattas das Alagoas que tem princípio no Lago do Pescoço, e de todas que ficam ao Norte destas até o Rio Ipojuca distante dez léguas de Pernambuco. In Revista do Instituto Acheológico e Geográphico de Pernambuco, vol. XIII, n. 71, Recife, 1908. Originariamente escrito em 1809.

é possível conhecer a geografia, a botânica, a geologia, a mineralogia, os costumes e a cultura dos brasileiros[11].

Os estudantes envolviam-se ativamente nas discussões sobre a política mercantilista e as ideias cientificistas que impregnavam a atmosfera coimbrense. A criação da Faculdade de Filosofia Natural estimulou ainda mais os debates sobre a necessidade do manejo das riquezas do Reino, o que implicava pesquisas sobre a flora, minérios, agricultura, silvicultura e agropecuária. As viagens de estudos multiplicaram-se dentro de uma orientação intelectual específica que tinha em Vandelli sua principal referência e inspiração. Para José Augusto Pádua, o professor italiano "difundiu um ideário intelectual que combinava as novas concepções de ciência natural divulgadas por Lineu (1707-1778) e Buffon (1707-1788), com a doutrina econômica fisiocrática, defensora do progresso a partir da produção primária"[12]. Era na fusão de concepções científicas que se estruturava a formação universitária em meados do século XVIII.

A universidade reformada tinha um importante papel para a consolidação da economia portuguesa. A administração colonial necessitava de ministros letrados e leais à Coroa, que pudessem conduzir a severa aplicação das leis, solucionar os profundos conflitos de interesses entre a nobreza da terra e o Estado, administrar as matas, estimular novas culturas agrícolas, desenvolver vilas e freguesias.

Não bastava ao bacharel em direito o estudo de compêndios jurídicos. Para se integrar aos novos tempos, era preciso ter conhecimentos básicos de botânica, zoologia, mineralogia e tudo o mais que estivesse ligado à natureza. Portugal distribuía bolsas de estudos para que estudantes e bacharéis recém-formados fizessem pesquisas sobre as riquezas naturais das colônias, o que incluía o

11 CAVALCANTI, Reinalda Barreto de Rangel Moreira. É peroba do campo, é o nó da madeira: o juiz conservador das matas e a preservação utilitária. **Revista Mosaico**, v. 8, n. 2, p. 16-22, jul./dez. 2017.

12 PÁDUA, José Augusto. **Um sopro de destruição** – pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista (1786-1888)**.** Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2002, p. 14-15.

inventário de espécies vegetais nativas, levantamento de recursos minerais, planos de aclimatação e exploração comercial.

O mercantilismo pombalino tinha como dogma a exclusividade na exploração dos recursos naturais, sobretudo as madeiras destinadas à construção naval – muito procuradas em um mundo em expansão comercial e militar –, o que poderia ser uma grande fonte de renda para os cofres reais. Além disso, as madeiras brasileiras eram essenciais para a reconstrução de Lisboa, devastada pelo terremoto de 1755.

No governo de Carvalho de Melo, o todo poderoso ministro de D. José I, Portugal vivia uma transição política e econômica. Em meados do século XVIII, o país procurava desvencilhar-se das obsoletas amarras absolutistas para mergulhar na ilustração, acreditando no poder da ciência como instrumento de progresso e prosperidade, por isso decidiu ampliar a exportação de produtos extraídos das colônias, procurando soerguer as atividades econômicas há muitos anos estagnadas.

O ministro estava atento ao surgimento da indústria manufatureira, a constituição de companhias estatais de comércio, a criação de instituições como o Jardim Botânico, o Museu de História Natural, o Horto Botânico, o Observatório Astronômico, o Colégio dos Nobres, instituições que refletiam o entusiasmo pelas pesquisas naturalistas.

Portugal oferecia muitas oportunidades de prestígio e prosperidade para os letrados que se dispusessem a servir no Brasil, promissor território ultramarino. Sobretudo se fossem leais à unidade e a glória do Reino. A presença de magistrado letrado em terras tão distantes representava a incorporação do poder real, com todos os seus ritos, liturgias, tradição, religiosidade e força.

O papel institucional do juiz nas colônias não se restringia a distribuir a justiça, dar a cada um o que é seu. A função exigia mais que julgar criminosos, resolver litígios entre vizinhos, proteger os órfãos, as viúvas ou resolver questões hereditárias. A missão mais difícil era evitar que a Fazenda Real fosse lesada pelas elites locais.

Os novos tempos exigiam amplo domínio da filosofia natural, o que implicava o estudo das espécies encontradas nas matas, as técnicas de reflorestamento, as formas de exploração das madeiras a serem enviadas à Corte, o controle da remessa das cargas para Portugal, a perseguição dos responsáveis pela destruição "a ferro e fogo" das árvores, o controle dos títulos de posse, o combate ao contrabando. Acrescentem-se a isso os longos anos longe da terra natal, as cansativas viagens pelas perigosas estradas da comarca e a insatisfação dos sesmeiros e senhores de engenho com as medidas tomadas pela autoridade real.

Nos espaços coloniais também havia uma magistratura leiga que atuava em todas as vilas legalmente estabelecidas. Era constituída por juízes ordinários, pertencentes às famílias ilustres da localidade. Embora não fossem bacharéis, eram designados pelo nível cultural acima da média, pelo senso de justiça e, principalmente, por integrarem a aristocracia rural. Como não dominavam os sistemas normativos vigentes na metrópole, procuravam fundamentar suas decisões no direito costumeiro construído espontaneamente pelo povo, mantido pela tradição oral e pelo uso reiterado de suas normas de conduta.

Quase nunca suas sentenças eram proferidas com base no direito romano, nas ordenações do Reino ou nos cânones religiosos, porque os juízes desconheciam os complexos procedimentos processuais em vigor. Preferiam agir de acordo com as práticas aceitas sem muita contestação pelo povo da região. Alguns contratavam secretários para prolatar sentenças em seu nome e assumiam o risco de erros ou fraudes.

Dificilmente eram imparciais quando o processo envolvia interesses de pessoas abastadas, pois tendiam a beneficiá-las em detrimento da justiça. Tais práticas comprometiam sua credibilidade diante da população, que preferia que suas causas fossem julgadas por magistrados letrados, mesmo não confiando plenamente neles. Tal situação levou Saint-Hilaire observar que "os pleiteantes temem a ignorância dos juízes ordinários e a venalidade dos juízes de fora;

garantiram-me ainda que estes últimos eram ainda mais preferidos que os primeiros, pelo motivo, talvez, de que se é levado a estimar mais o que se conhece menos"[13].

MAGISTRATURA COMO SÍMBOLO DO PODER REAL

A chegada de magistrado português nas colônias era acontecimento pleno de simbolismo. Significava o atendimento real às súplicas dos moradores, sedentos de paz, ordem e justiça. Os letrados incorporavam a grandeza, a bondade e a magnificência do soberano.

Precisavam distinguir-se das pessoas comuns, estampar a superioridade, encarnar a grandeza da monarquia. Nas aparições públicas, respeitavam a liturgia do cargo, seus ritos e protocolos. As manifestações oficiais eram marcadas por atos solenes, codificados, cuidadosamente estudados. Sua autoridade exteriorizava-se no vestuário, na linguagem, nos gestos, nas condecorações, em tudo que expressasse a sacralização do poder.

O rito representa, ensina Claude Rivière, "a atitude fundamental, verbal, gestual e postural, onde qualquer um se reconhece como inferior frente à manifestação de uma potência, e porque, ao lado da potência que se manifesta, o rito é o meio teatral de dar crédito a uma superioridade, e, portanto de obter respeito e honra através de símbolos de dominação, de riqueza, de realizações algumas vezes imaginárias de que o inferior carece, e que permitem constrangê-lo, sem violência real, na medida em que cria a aspiração para um estado superior"[14]. Para se fazer respeitar, os ministros da Coroa deveriam adotar uma postura pública condizente com o imaginário popular permeado de valores metafísicos, religiosos, mitológicos e civilizatórios, que geravam grande expectativa em torno de sua autoridade.

Não bastava o diploma de bacharel para ascender aos altos cargos na administração ou na hierarquia judiciária. Existia um longo caminho

13 Saint-Hilaire. **Viagem pelas províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais.** Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Editora Itatiaia, 2000. p. 157.

14 RIVIÈRE, Claude. **As liturgias políticas**. Rio de Janeiro: Imago, 1989, p. 31.

a ser percorrido até receber missões mais importantes. Era preciso subir cada degrau da burocracia até ser convocado para missões mais importantes na metrópole ou nas colônias. Os magistrados de origem plebeia passavam pelo processo de enobrecimento, que assegurava a distinção necessária para impor a justiça nas capitanias e comarcas. Para integrar a nobreza de toga, era preciso obter o foro de fidalgo e os hábitos de ordens militares – sobretudo a de Cristo e Santiago –, todos providos pela monarquia.

Como tornar-se fidalgo? O bacharel precisava se submeter a um complexo processo de investigação no Cartório de Nobreza, presidido pelo Rei de Armas, autoridade que detinha plena alçada para o julgamento do pedido. O reconhecimento régio era a porta de entrada para os favores da monarquia. A mercê o habilitava a ocupar importantes cargos na administração ultramarina, gozar de prestígio na Corte, receber comendas, usufruir de privilégios tributários, foro privilegiado, proteção dos bens e recebimento de tenças[15].

No direito heráldico português, a justificação de nobreza era requisito incontornável para a obtenção de brasão de armas, que assegurava o gozo de privilégios antes reservados aos mais elevados estratos da nobreza. Os suplicantes deveriam provar serem "cristãos velhos, limpos de sangue e de geração, sem raça alguma de judeu, cristão-novo, mouro, mourisco, mulato, infiel ou de outra nação infecta, de gente novamente convertida à santa fé católica"[16]. Cumprida as formalidades, a família passava a ostentar a prerrogativa de vincular o brasão ao morgado, de trazer lacaios com librés divisadas pelas diversas cores de suas armas. Os brasões podiam ser exibidos

15 Sobre o processo de justificação de nobreza em Portugal, cf. RAMINELLI. Ronald. Justificando Nobrezas. Velhas e novas elites coloniais 1750-1807. **Revista História:** São Paulo, v. 37, e97, 1916; SEIXAS, Miguel Metelo de. A heráldica em Portugal no século XIX: sob o signo da Renovação. Análise Social, 202, XLVII (1º). Lisboa: Instituto de Ciências sociais da Universidade de Lisboa, 2012.

16 Expressões adotadas pela Monarquia na análise dos processos para a obtenção do foro de fidalgo.

pelos familiares em casas, capelas, palacetes, bem como objetos como sinetes, arreios, anéis, toalhas, etc.[17]

Possuir um brasão de armas em Portugal do século XVIII era requisito para os bacharéis interessados em ocupar altos cargos na administração das colônias. O rei de Portugal enviava os influentes fidalgos para cuidar de seus negócios no ultramar. Os brasões exteriorizavam a simbologia de tradição, estamento social, linhagem nobre e a confiança do Reino. Tudo isso regido pelos rígidos códigos da heráldica.

Entretanto, o conceito de nobreza era heterogêneo. Em Portugal distinguia-se a "nobreza de sangue" da "nobreza política".

A primeira era baseada na linhagem, no direito natural, só sendo reconhecida aos membros de famílias antiquíssimas, cujos antepassados houvessem defendido os interesses da Coroa com bravura e devoção. Seus membros gozavam de distinção social da alta nobreza. Ostentavam os títulos hereditários, beneficiando-se das honrarias e privilégios concedidos pelo rei. Quando enviados para as colônias, ocupavam as mais importantes funções administrativas, sobretudo os cargos de vice-reis e governadores-gerais.

Na nobreza política encontravam-se os fidalgos, oriundos de famílias que se distinguiram na vida militar ou na administração dos negócios reais. Em reconhecimento, o monarca agraciava seus vassalos com foros de fidalgo, hábitos de ordens militares ou religiosas, e cargos na burocracia estatal – tanto em Portugal como nos territórios ultramarinos. O enobrecimento era uma forma de obter o capital simbólico para se fazer respeitar pelos súditos no exercício da magistratura, bem como para legitimar sua descendência a ascender na complexa estrutura social. No século XVIII, os letrados passaram a fazer parte da estratégia portuguesa de consolidar o domínio nas colônias e administrar as riquezas naturais nas capitanias – no caso brasileiro, as minas de ouro e as matas, entre outros produtos.

17 RAMINELLI. Ronald. Justificando Nobrezas. Velhas e novas elites coloniais 1750-1807. **Revista História,** v. 37, e97, 1916.

Mas, a preparação para o cargo só terminava após a diligência de habilitação na Ordem de Cristo, prestigiosa instituição religioso-militar fundada pelo rei D. Dinis em 1319, e que foi legatária de bens pertencentes aos extintos cavaleiros templários em território português. Os detentores dessa honraria nobilitante tinham o direito de portar o hábito de Cavaleiro da Ordem de Cristo, o que lhes assegurava uma modesta renda (tença), privilégios jurídicos e fiscais, sobretudo a condição de leal e honrado servidor da monarquia. O título representava também a alta religiosidade e total submissão aos preceitos da Igreja Católica[18].

Muitos outros símbolos de poder eram largamente usados pelos magistrados. Os juízes de fora, por exemplo, portavam um bastão branco – também chamado de vara –, enquanto os juízes ordinários ostentavam um bastão vermelho, símbolo de jurisdição, justiça e autoridade. O porte desses apetrechos era obrigatório em aparições públicas, sob pena de pesadas multas.

Portanto, ao assumirem as comarcas, não se apresentavam apenas como meros magistrados, mas fidalgos abrasonados e cavaleiros da Ordem de Cristo, o que potencializava o capital simbólico de sua autoridade. Os moradores das comarcas viam neles autoridades incontestáveis, por acreditar que pertenciam a famílias destacadas em campanhas militares e defensores da cristandade, além de pessoas dotadas de vasta cultura e conhecimento jurídico, características raríssimas na colônia.

ACÚMULO DE CARGOS E ENRIQUECIMENTO DOS MAGISTRADOS: DEPOIMENTOS DOS CRONISTAS VIAJANTES

No século XVIII, os cargos disponíveis na magistratura eram muito superiores à quantidade de bacharéis. Era comum, e até compreensível, que houvesse acumulação de vários cargos por uma só

18 KRAUSE, Thiago Nascimento. **Em busca da Honra:** os pedidos de hábitos da Ordem de Cristo na Bahia e Pernambuco, 1644-76. Comunicação apresentada no XIII Encontro de História Anpuh-Rio Identidades. Mimeografado.

pessoa, o que lhe dava grande poder na colônia. Essa situação também era extremamente benéfica para as finanças dos juízes, na medida em que passavam a auferir várias fontes de renda e criava grandes oportunidades para fazer fortuna na colônia, sobretudo quando o ministro dedicava-se a outras atividades lucrativas, como a pecuária, o plantio da cana-de-açúcar e o comércio de madeiras.

Muitos cronistas relataram a vida suntuosa dos magistrados portugueses, situação que não era bem-vista pela população. De passagem pela capitania de Pernambuco no início do século XIX, Henry Koster observou, com fina ironia, que a magistratura era um departamento na administração em que as condições de enriquecer são numerosas"[19].

Jean-Baptiste Debret, que participou da Missão Francesa de 1816, fez uma breve descrição da estrutura judiciária do Brasil, escandalizado com a acumulação de cargos no Judiciário, embora reconhecesse alguns avanços para conter os privilégios. Segundo ele, "havia alguns anos apenas, os juízes, cumulando vários empregos na magistratura, auferiam uma renda muito mais considerável do que a de seus vencimentos. Um juiz de fora, simplesmente na sua qualidade de juiz, recebe apenas 400 mil réis; no entanto, a renda total do de Vila Rica alcançava outrora o de 800 mil cruzados. Os vencimentos de um ouvidor são de 500 mil réis, mas a sua renda efetiva era quatro vezes maior"[20].

O pintor francês retratou os desembargadores em vestes talares, por reconhecer neles um dos pilares do poder real. Suas telas e aquarelas foram muito importantes para que a historiografia pudesse descortinar alguns costumes e formas de aparição dos magistrados em sessões públicas.

---

19 KOSTER, Henry. **Viagens ao Nordeste do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942, p. 64.

20 DEBRET, J.B. **Viagem Pitoresca e Histórica ao Brasil.** São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2016, p. 341. A Missão Francesa, recrutada pelo Rei de Portugal, chegou ao Brasil em 1816 com o objetivo de difundir as artes, a pintura, a arquitetura e o desenho no Brasil. Chefiada por Joachim Lebreton, era composta por artistas de renome como Debret, os irmãos Taunay, Marc e Zéphyrin Ferrez e Grandjean de Montigny.

A mais famosa é a prancha intitulada "uniforme dos desembargadores". Nela é possível vislumbrar os magistrados, ricamente vestidos, chegarem ao Palácio de Justiça, à época localizado na Rua do Lavradio, Rio de Janeiro. Descem da carruagem conduzida por um escravo, são recepcionados por serventuários da justiça e por um criado que lhes oferece a sacola de veludo para guardar os processos. À porta também estão alguns suplicantes que tentam atrair a atenção, provavelmente para discutir processos pendentes. Encostadas às paredes da fachada, encontram-se duas longas foices, que indicam o julgamento de um réu, cuja pena pode ser a de morte. Debret explica minuciosamente o ritual de julgamento, a preparação dos condenados para a forca, o conforto espiritual na cela, a última refeição, o cortejo em direção ao cadafalso, a entrega do infeliz ao carrasco e a execução da pena[21].

Auguste de Saint Hilaire (1779-1853) foi um viajante naturalista que nos legou importantes elementos sobre a organização judiciária do Brasil no século XIX. Em 1816, percorreu o Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, Goiás, São Paulo, São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Tinha como principal objetivo realizar pesquisas botânicas e zoológicas, reunindo farto material de estudo. O cientista francês também nos legou preciosas informações sobre os usos, costumes e o funcionamento das instituições locais, que respondem a muitas questões suscitadas pela historiografia contemporânea. Suas observações sociológicas são importantíssimas para a compreensão do poder exercido pelos magistrados.

Ele relata que, em cada capitania, os magistrados estavam subordinados aos governadores, pertencentes à nobreza portuguesa, enviados para os territórios ultramarinos, onde exerciam autoridade quase ilimitada sobre o corpo militar e civil. A nomeação desses funcionários visava a favorecer poderosas famílias portuguesas ou

21 DEBRET, J.B. **Viagem Pitoresca e Histórica ao Brasil.** São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2016. p. 510. Os magistrados também aparecem em outras telas e aquarelas do pintor: Aclamação do Rei D. João VI no Rio de Janeiro; Estudo para a sagração de D. Pedro I; juiz criminal (aquarela). Cf. BANDEIRA, Júlio; LAGO, Pedro Corrêa do. **Debret e o Brasil**. São Paulo: Capivara, 2009.

afastar da metrópole fidalgos inconvenientes. Como não estavam sujeitos a nenhum tipo de controle administrativo, agiam com despotismo – convictos da impunidade dos seus atos. Mesmo que as súplicas dos habitantes chegassem até Lisboa, provavelmente nenhuma pena recaía sobre eles, graças à influência que gozavam junto aos conselheiros do rei. E continua: "[...] livres de qualquer vigilância, saudosos dos prazeres de uma grande capital, cheios de desprezo pela região que governavam, não tendo mais iguais com quem tratar, rodeados de aduladores e de escravos, esses capitães-gerais entregavam-se muito frequentemente a todos os caprichos do despotismo; e a voz do povo não poderia chegar até os ouvidos do soberano que residia além dos mares"[22]. É possível que essa afirmação seja um pouco exagerada, fruto de perigosa generalização. É evidente que havia governadores justos, bem-intencionados e íntegros; mas era uma minoria.

Ele também criticou o acúmulo de cargos na magistratura. Os ouvidores ocupavam simultaneamente diversas funções judiciárias e administrativas. Nas vilas onde não havia juiz de fora, era o ouvidor que administrava os bens dos ausentes e órfãos, exercia a superintendência dos bens pertencentes às irmandades, atuava como corregedor. A remuneração paga aos ouvidores ia muito além dos vencimentos atribuídos à função. Recebiam o somatório dos salários de todos os cargos, o que representava valores altíssimos para a época.

22 Saint-Hilaire. **Viagem pelas províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais**. Belo Horizonte - Rio de Janeiro: Editora Itatiaia, 2000, p. 154. O autor apresenta o malefício da concentração de poderes: "Não se pode deixar de considerar como enorme mal para os brasileiros o acúmulo de tantas funções por uma só cabeça. Separando-as, multiplicar-se-iam as esperanças; maior número de jovens se aplicariam aos estudos; a emulação que falta completamente à juventude do Brasil começaria a renascer; haveria menor número de capacidades perdidas e de homens condenados à ociosidade; quando o soberano tivesse de preencher um cargo não estaria tão estreitamente limitado em sua escolha, e poderia ser mais exigente; os funcionários sendo mais numerosos, temeriam maior vigilância e procederiam mais corretamente, como os vencimentos seriam menores, os funcionários não mais poderiam dar o exemplo de um luxo que se procura sempre imitar, e que arrasta frequentemente as famílias à ruína (p. 159)".

Além desse aspecto, Saint Hilaire foi implacável nas críticas ao sistema judiciário, sobretudo em relação à parcialidade dos juízes, lentidão e desencorajamento das partes a recorrer aos tribunais. A justiça acontecia a portas fechadas, sem qualquer transparência. Afirmava que, em um país no qual uma longa escravidão fez, por assim dizer, da corrupção uma espécie de hábito, os magistrados, libertos de vigilância, podiam impunemente ceder às tentações.

Outro grande problema era a impunidade. Vários acusados fugiam para vilas algumas léguas de distância do lugar onde cometeram os crimes, sem que a Justiça tenha condições materiais de capturá-los. Saint Hilaire teve contato com diversos delinquentes que confessaram friamente seus crimes, sem remorso ou medo de perseguição policial.

Esses testemunhos nos levam a crer que a magistratura se tornou uma das carreiras mais prósperas e cobiçadas na estrutura burocrática de Portugal. Não apenas pelo prestígio e autoridade de seus membros em territórios coloniais, mas sobretudo pela possibilidade de enobrecimento da família, de rápido enriquecimento, ou pelo arranjo de casamentos vantajosos que impulsionavam juízes a integrar a elite da terra, tornando-se grandes proprietários ou abastados comerciantes.

CONCLUSÃO

A trajetória da magistratura colonial portuguesa não pode ser dissociada do monopólio educacional exercido pela Universidade de Coimbra, instituição que, por séculos, produziu ministros incumbidos de fazer valer a vontade do rei nos territórios ultramarinos. Os magistrados, formados sob o rigor dos compêndios jurídicos e, mais tarde, sob a inspiração do Iluminismo, assumiram não apenas funções judicantes, mas também missões administrativas e econômicas. Representavam, em domínios ultramarinos, a autoridade régia em sua forma mais solene, imbuídos de ritos, privilégios e insígnias que os distinguiam da população comum.

Ao redefinir o currículo universitário, a reforma pombalina conferiu novos contornos ao perfil dos letrados, que passaram a dominar conhecimentos de filosofia natural, botânica, mineralogia e administração fazendária. Era necessário não apenas julgar com equidade, mas também identificar e explorar racionalmente os recursos naturais, controlar abusos, coibir o contrabando e garantir que a riqueza convergisse para os cofres do Reino. O bacharel, nesse contexto, transformava-se em peça-chave da engrenagem colonial, responsável tanto pela imposição da ordem jurídica quanto pela implementação de uma política econômica centralizadora e monopolista.

Contudo, a distância da metrópole, a fragilidade das instituições locais e a promiscuidade entre poder judiciário e as elites regionais contribuíram para o surgimento de distorções: a venalidade, a parcialidade, a morosidade e o enriquecimento ilícito tornaram-se práticas recorrentes. Magistrados acumulavam cargos, amealhavam fortunas e integravam redes de influência, muitas vezes em flagrante contradição com os ideais de justiça e com os princípios de probidade exigidos pela Coroa.

Ainda assim, é inegável que esses bacharéis formaram uma aristocracia intelectual de peso, rivalizando com a nobreza tradicional, ocupando espaços-chave na administração e nos conselhos reais. A toga substituía a espada como símbolo de poder, e o diploma de Coimbra tornava-se passaporte para o prestígio, as mercês e a ascensão social. Foi a partir dessa elite de letrados que se ergueu o arcabouço burocrático do Império português.

A presença de juízes togados, entretanto, era preferida à dos juízes ordinários, cuja ignorância e subserviência aos poderosos locais comprometiam ainda mais a credibilidade da justiça. Assim, entre a cupidez dos letrados e o amadorismo dos juízes ordinários, a população colonial flutuava entre a esperança e a resignação, reconhecendo nos primeiros, apesar de tudo, a manifestação mais visível do poder régio e da possibilidade – ainda que remota – de justiça.

Ao revisitar a história das instituições coloniais, encontramos aspectos que ajudam a compreender o perfil da magistratura contemporânea. Ainda hoje, a liturgia do cargo, os símbolos de poder e o distanciamento da população permanecem vivos em muitos aspectos da cultura judiciária brasileira, que ainda carrega traços dessa origem: a opacidade dos ritos, o culto à formalidade, a autoridade construída por insígnias e aparatos. Entender o papel da Universidade de Coimbra e dos magistrados por ela formados é, portanto, um exercício necessário para refletir sobre as origens do nosso sistema de justiça e os desafios que ainda nos cercam para aprimorá-lo, tornando-o mais eficiente, igualitário, comprometido em assegurar a dignidade humana e a concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Ana Maria. **Percurso acadêmico na Universidade de Coimbra nos séculos XVI a XX**. s/d. Disponível em: https://www.uc.pt/auc/orientacoes/UC_GuiaPercursoAcademico.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CAVALCANTI, Reinalda Barreto de Rangel Moreira. É peroba do campo, é o nó da madeira: o juiz conservador das matas e a preservação utilitária. **Revista Mosaico**, jul./dez., v. 8, n. 2, p. 16-22, 2017.

DEBRET, J. B. **Viagem pitoresca e histórica ao Brasil**. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2016. p. 510.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **O ensino e a investigação do Direito em Portugal e a Faculdade de Direito.** Coimbra: Edição da Faculdade de Direito de Coimbra, 1999.

KOSTER, Henry. **Viagens ao Nordeste do Brasil.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942. p. 64.

KRAUSE, Thiago Nascimento. **Em busca da honra:** os pedidos de hábitos da Ordem de Cristo na Bahia e Pernambuco, 1644-76. Comunicação apresentada no XIII Encontro de História Anpuh-Rio Identidades. Mimeografado.

LISBOA, Baltasar da Silva. **Discurso histórico, político e econômico dos progressos e estado atual da filosofia natural portuguesa, acompanhado de algumas reflexões sobre o Estado do Brasil.** Lisboa, 1786.

MAXWELL, Kenneth. **Marquês de Pombal –** paradoxo do Iluminismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

PÁDUA, José Augusto. **Um sopro de destruição – pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista (1786-1888).** Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2002. p. 14-15.

RAMINELLI, Ronald. Justificando nobrezas: velhas e novas elites coloniais 1750-1807. **Revista História,** v. 37, e97, 1916.

RIVIÈRE, Claude. **As liturgias políticas.** Rio de Janeiro: Imago, 1989. p. 31.

SAINT-HILAIRE. **Viagem pelas províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais.** Belo Horizonte–Rio de Janeiro: Editora Itatiaia, 2000.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil Colonial.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1979. p. 234.

SEIXAS, Miguel Metelo de. **A heráldica em Portugal no século XIX:** sob o signo da Renovação. Análise Social, n. 202, v. XLVII (1º). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2012.

8. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA E LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA[1]

Pedro Henrique Nogueira

NOTA INTRODUTÓRIA

O problema da extensão da coisa julgada a terceiros que não são chamados a participar do processo é relevante e, não de agora, tem despertado interesse doutrinário e de grande alcance prático. Cuida-se, no fim das contas, de indagar se um terceiro, assim entendido aquele que não participou ou não foi integrado à relação jurídica processual, estará ou não sujeito ao resultado do julgamento do processo conduzido por um "terceiro".

Verificando-se o fenômeno da denominada "substituição processual" ou da legitimidade extraordinária, em razão da qual alguém (o substituto) está normativamente autorizado a conduzir o processo versando sobre direitos litigiosos de outrem (substituído), seja no processo individual, seja no processo coletivo a respeito dos chamados direitos individuais homogêneos, a problemática se impõe: até que ponto o substituído, que esteve ausente do processo no qual as suas situações jurídicas são postas em litígio, estará vinculado à coisa julgada?

Essa é a indagação que buscaremos responder com este artigo.

COISA JULGADA EM FACE DO SUBSTITUÍDO

O problema dos limites subjetivos da coisa julgada nos processos em que se verifica a substituição processual tem se revelado tormentoso ao longo do tempo. Cuida-se de saber se a sentença ou decisão de mérito proferida na causa de que participou o substituto

1 Publicado na *Revista de Processo* (RePro), nº 325, mar/2022.

produz coisa julgada material relativamente ao substituído, ausente do processo.

Tradicionalmente, a doutrina, inclusive a estrangeira, sempre entendeu que o substituído é alcançado pela imutabilidade da decisão de mérito, mesmo quando não participe do processo, já que é sua a relação jurídica de material posta em discussão[2]. Além disso, mormente nos casos de colegitimação, seria ínsita ao instituto a vinculação do substituído ao que for decidido no processo conduzido pelo substituto, pois o réu estaria exposto a ser dupla e sucessivamente acionado, ora pelo legitimado extraordinário, ora pelo próprio titular do direito.

Essa vinculação de um sujeito estranho à demanda também estaria presente nos casos de substituição processual, inclusive nas hipóteses de litisconsórcio facultativo unitário, em que o colegitimado a figurar no processo, apesar de não se fazer presente como parte, estaria vinculado ao seu resultado em razão da incindibilidade do objeto litigioso[3]. Houve quem defendesse, inclusive, que "se a coisa

2 CHIOVENDA, G. **Princípios de derecho procesal civil.** Madrid: Reus, 1925, v. II, p. 28; NIEVA FENOLL, Jordi. **La sustitución procesal.** Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 189. Na doutrina brasileira: ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.** São Paulo: RT, 1979. p. 125; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2019, v. II, p. 364; CAMPOS JR, Ephraim. **Substituição processual**. São Paulo: RT, 1985. p. 82; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: RT, 1971. p. 169; ALVIM, Arruda. Substituição Processual. **Revista dos Tribunais**, v. 426, 1971, p. 20-36; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 438, 1972, p. 23-35.

3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. Ada Grinover, revendo posição anterior, passou a aceitar a vinculação de terceiros à coisa julgada nos casos de substituição processual por coletigitimados (litisconsórcio facultativo unitário), aderindo explicitamente à posição de Barbosa Moreira (GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. **Revista de Processo**, n. 126, p. 9-21, ago/2005.). No Brasil, afirmando a extensão da eficácia da coisa julgada em relação ao substituído ausente do processo: OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: RT, 1971, p. 169; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva: 2007, p. 142; PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil.** São Paulo: RT, 2006. p. 74-75; ASSIS, Araken de. Substituição Processual. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 9, dez/2003, p. 22; BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 52; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2017. p. 318;

julgada não tivesse eficácia em face do substituído, a condenação seria inútil"[4].

Na doutrina brasileira, seguindo uma tendência verificada nos últimos anos na doutrina italiana[5], contudo, esse pensamento foi confrontado. A seguir avaliaremos algumas das principais concepções que, com maior ou menor ressalva, questionam a extensão subjetiva da coisa julgada ao substituído que não participou do processo.

CONCEPÇÃO DE EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO

Segundo Egas Dirceu Moniz de Aragão, não seria legítimo vincular o substituído à coisa julgada oriunda do processo do qual não participou. Segundo ele, "sujeitar o titular da relação jurídica à coisa julgada oriunda de processo ao qual não lhe foi dado comparecer, nem defender seu interesse, importa em barrar-lhe o acesso ao Poder Judiciário"[6].

Em outras palavras, ou seria assegurada a participação no processo mediante convocação oportuna de todos quantos devam ficar sujeitos à autoridade da coisa julgada (inclusive o substituído), ou ela não os vincularia[7].

Ademais, segundo o autor paranaense, o substituído poderia intervir no processo como assistente e, caso essa intervenção

---

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 473.

4 CAMPOS JR., Ephraim de. **Substituição processual.** São Paulo: RT, 1985, p. 77.

5 Liebman defendia a submissão do substituído aos efeitos da sentença proferida no processo conduzido pelo substituto (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 97). Posteriormente, na Itália, passou-se a admitir que as hipóteses de legitimação extraordinária revelariam situações próprias de litisconsórcio necessário, reclamando, assim, a presença do substituído para que se observasse o contraditório e o seu direito de defesa. Assim: PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di Diritto Processuale Civile.** Napoli, Jovene, 2010. p. 295-300; PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile.** Milano: Giuffrè, 2010. p. 151 e 198.

6 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE. 1992, p. 302.

7 Ibidem.

acontecesse em tempo de assegurar a defesa adequada de seus interesses, a coisa julgada lhe seria oposta[8].

CONCEPÇÃO DE EDUARDO TALAMINI

Eduardo Talamini, escrevendo sob a vigência do CPC/1973, também se contrapõe à visão da doutrina majoritária sobre o tema, que admite sem muita ressalva a extensão da coisa julgada ao substituído nos casos de substituição processual. Ele rejeita[9] a extensão simples, irrestrita e automática dos efeitos da coisa julgada ao substituído que não interveio no processo[10].

Para o autor paranaense, a extensão da coisa julgada ao substituído somente deveria acontecer em situações específicas, a seguir indicadas: a) se o substituído teve prévia oportunidade para demandar, e não o fez, seria razoável que a lei atribuísse, em certos casos, a legitimidade a outrem com possível vinculação do substituído à coisa julgada; b) se o substituído tinha conhecimento (ou devesse ter segundo razoáveis parâmetros de diligência) do processo em que ocorre a substituição, também seria possível a vinculação do substituído à coisa julgada, desde que ao substituído fosse conferida a possibilidade de participar como assistente[11].

Não verificadas essas balizas, não seria possível que a coisa julgada formada no processo de que participou apenas o substituto

8 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 302.

9 " Não parece compatível com o ordenamento jurídico brasileiro vigente a afirmação generalizada de que o substituído ficaria atingido pela coisa julgada decorrente do processo de que participou apenas o substituto." (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005. p. 114).

10 Idem, p. 115.

11 TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004. p. 222-225.

viesse a atingir o substituído[12] (*v.g.* a improcedência da ação de investigação de paternidade proposta pelo Ministério Público não impediria o legitimado ordinário de propor sua própria ação)[13].

CONCEPÇÃO DE JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

José Rogério Cruz e Tucci, expondo o que chamou de "dogma" da eficácia da coisa julgada em face do substituído, posição majoritária e firmemente acolhida na doutrina brasileira, salienta a necessidade de revisão desse pensamento. Aplaudindo tendência já verificada na doutrina italiana, admite que todos os casos de substituição processual são, na verdade, hipóteses de litisconsórcio necessário entre substituto e substituído[14].

A realidade é que Tucci[15], examinando os limites subjetivos da coisa julgada em face de terceiros, defende que a participação do substituído, em todas as hipóteses de substituição processual, seria indispensável para que se tivesse a observância do devido processo legal. Em obediência à correta aplicação do princípio do contraditório e da disciplina relativa aos limites subjetivos da coisa julgada, o substituído haveria de, necessariamente, ser chamado ao processo[16].

A participação do substituído, titular da relação jurídica substancial, nos casos raros de legitimação extraordinária exclusiva no direito brasileiro, poderia se dar por meio da assistência[17].

---

12 "Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro, que não teve oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional." TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.** São Paulo: RT, 2004. p. 202-203.

13 TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: RT, 2005. p. 115.

14 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: RT, 2006. p. 230.

15 Idem, p. 228.

16 Idem, p. 230.

17 Idem, p. 232.

CONCEPÇÃO DE LIA CAROLINA BATISTA CINTRA

Já Lia Carolina Batista Cintra[18], examinando os problemas do litisconsórcio facultativo unitário, notadamente a construção doutrinária que nele vê uma hipótese de substituição processual, endossa a ideia de que a participação do substituído seria fundamental no processo conduzido pelo substituto processual.

Defende a autora ser inviável afastar da substituição processual a extensão da coisa julgada ao substituído, conforme o entendimento tradicional. Todavia, o substituído precisaria ter ciência do processo por um mecanismo eficaz e ter a possibilidade de participar, influenciando na decisão a ser proferida. Isso seria imprescindível ao contraditório e, portanto, para legitimar a vinculação do sujeito à coisa julgada[19].

Segundo ela, "é plenamente possível defender que se impõe o litisconsórcio necessário, para integração do substituído, nos casos em que o processo tenha sido iniciado pelo substituto processual, pois isso decorre automaticamente do respeito ao contraditório e ao direito de defesa"[20].

Comentando a redação trazida pelo art. 18 do CPC/2015 ao admitir a substituição processual quando esta estiver autorizada "pelo ordenamento jurídico" (e não apenas pela "lei"), sustenta ser impossível a "substituição processual implícita", de modo que a autorização para um terceiro (substituto) demandar em favor de outrem deve sempre ser "expressa"[21].

18 CINTRA, Lia Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz.** São Paulo: RT, 2017. p. 205-215.

19 CINTRA, Lia Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz.** São Paulo: RT, 2017. p. 209.

20 Idem, p. 215.

21 CINTRA, Lia Carolina Batista da. Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário. **Revista de Processo**, n. 292, p. 83-125, jun. 2019.

Em suma, para admitir uma legítima vinculação do substituído à coisa julgada, seria indispensável a formação de um litisconsórcio (necessário) com o substituto.

AVALIAÇÃO CONCLUSIVA: COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS* NO PROCESSO CONDUZIDO PELO SUBSTITUTO

Para se alcançar negativamente a esfera jurídica de alguém, é necessário lhe assegurar, no processo, a participação em contraditório. Como salientava Fazzalari[22], a "essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um 'interessado' e um 'contra-interessado', sobre um dos quais o ato final é destinado a produzir efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais".

Segundo o art. 506 do CPC/2015, "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros". Tem-se aí a limitação à extensão subjetiva da coisa julgada: esta alcança as partes, podendo beneficiar terceiros, mas nunca os prejudicar[23-24].

O primeiro problema está em definir quais seriam os "terceiros". Partindo-se da noção tradicional, parte é quem pede e contra a quem é pedida a tutela jurisdicional[25]. Consequentemente, a definição de

22 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 122.

23 Chiovenda era expressamente refratário à possibilidade de coisa julgada *secundum eventum litis*. A coisa julgada se produziria em face das partes, independentemente de quem haja vencido a causa (CHIOVENDA, G. **Princípios de derecho procesal civil.** Madrid: Reus, 1925. p. 421).

24 Barbosa Moreira afirmava a equivalência funcional entre o litisconsórcio unitário e a extensão subjetiva da coisa julgada: a uniformidade de tratamento às partes imposta pela unitariedade do litisconsórcio deveria ser observada também quando o sujeito legitimado não se fez parte no processo. Do contrário, o cointeressado (legitimado) alheio ao processo poderia promover uma segunda demanda, obter um resultado diverso do obtido pelo cointeressado, quebrando, assim, a homogeneidade (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário.** Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 138-145).

25 O conceito de parte é formal, embora alguns utilizassem a distinção entre parte material (=sujeito da relação jurídica substancial) e parte formal (WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil.** Buenos Aires: EJEA, 1977. p, 281-283. Na doutrina italiana, CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil.** São Paulo:

terceiro é obtida por exclusão: terceiros seriam todos que não são partes[26].

Os "terceiros", quando intervêm de forma voluntária ou provocada no processo, tornam-se partes. No processo envolvendo substituto processual, tem-se a peculiaridade de o titular da situação jurídica material deduzida não figurar na relação jurídica processual. Por isso, é o substituído um autêntico terceiro, a menos que intervenha e passe a se litisconsorciar com o legitimado extraordinário, para defender o direito próprio, como prevê o art. 18, parágrafo único, do CPC/2015.

Sendo assim, a coisa julgada não pode afetar negativamente a esfera jurídica do terceiro. Em outras palavras, conquanto se admita que o terceiro seja *reflexamente* alcançado pela coisa julgada ou pela decisão de mérito, em razão do vínculo jurídico por ele mantido com os sujeitos que tiveram seus direitos subjetivos apreciados no processo, isso não poderia ser aceitável em hipóteses nas quais a própria situação jurídica substancial titularizada pelo terceiro constitui o *thema decidendum*[27].

Classic Book, 2000. p. 220-221). Parte é aquele que, em nome próprio, demanda ou é demandado (CHIOVENDA, G. **Princípios de derecho procesal civil.** Madrid: Reus, 1925, v. II, p. 5-6; ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1947, v. 1, p. 291, dentre outros). Consequentemente, quando utilizarmos no texto o termo "terceiros", estaremos nos referindo a quem não é parte no processo, independentemente de sua possível titularidade quanto ao direito substancial.

26 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 124; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

27 Liebman enfrentou a questão da coisa julgada *secundum eventum litis* nas chamadas ações concorrentes, em que se verificava multiplicidade de legitimados para impugnar, individualmente, o mesmo ato (ação de anulação de deliberação de assembleia em sociedade anônima). Nessas situações, a coisa julgada não poderia vincular os legitimados alheios ao processo em caso de improcedência. Para ele, todavia, não seria correto falar em alargamento da coisa julgada aos terceiros na hipótese de julgamento favorável, pois o que se estenderia aos demais legitimados ausentes do processo (terceiros) seriam os efeitos da decisão. Segundo a sua conhecida concepção, a coisa julgada seria uma *qualidade* da sentença (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 233-235). De qualquer forma, o fato é que a coisa julgada não poderia ser oposta a quem não figurou no processo. Na doutrina brasileira, em sentido próximo ao pensamento de Liebman, sob a vigência do CPC/1973: TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa**

A imposição de observância das garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, previstas no art. 5º, LIV e LV da Constituição[28], afastam a possibilidade de o substituído, que não teve ciência e não participou do processo, vir a ser *diretamente* alcançado pela decisão de mérito que decide sobre a sua própria situação jurídica[29].

Se a coisa julgada é resultado da decisão sobre o objeto litigioso formado a partir de situações jurídicas de direito material atribuídas ao substituído, mas em processo conduzido pelo substituto processual, o sujeito que não foi integrado ao processo está imune ao *resultado negativo* sobre sua esfera jurídica.

A razão trazida com a regra do art. 506 do CPC/2015, tencionando proteger os terceiros contra a eficácia negativa da coisa julgada, também é reproduzida no art. 274 do Código Civil (segundo a redação dada pelo art. 1.068 do CPC/2015)[30], ao permitir que a sentença ou decisão de mérito no processo envolvendo solidariedade ativa pode

---

julgada. São Paulo: RT, 2002. p. 116-120; SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil.** São Paulo: RT, 2000. p. 497-498; LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada.** São Paulo: RT, 1997. p. 40, dentre outros.

28 Como observou Antonio do Passo Cabral, "é, de fato, difícil admitir que os não participantes possam tornar-se vinculados e prejudicados pelos atos de um processo em que não exerceram o direito de serem ouvidos" (CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (II): Liebman e coisa julgada. *In:* DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e estabilidades processuais.** Salvador: Juspodivm, 2018. p. 472.

29 Correta a conclusão a que chegou a 3ª Turma do STJ (embora sem se referir expressamente à hipótese de substituição processual): "No sistema processual brasileiro, ninguém poderá ser atingido pelos efeitos de uma decisão jurisdicional transitada em julgado, sem que se lhe tenha sido garantido o acesso à justiça, com o devido processo legal, onde se oportunize a participação em contraditório." (STJ. AgInt no REsp 1815476/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 02/12/2019).

30 Fredie Didier Jr. entende que essa regra do art. 274 do Código Civil somente seria aplicável às obrigações solidárias divisíveis. Se a obrigação for solidária e indivisível, a decisão, favorável ou desfavorável, seria extensiva aos demais credores (DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 506 do CPC/2015. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 780. Pelas razões que expusemos, a nosso ver, não seria possível que o credor ou devedor solidário, que não tenham integrado o processo, possam ser alcançados pela extensão subjetiva de um julgamento desfavorável.

beneficiar o credor solidário que dele não participou, embora não possa prejudicá-lo.

Se, no plano material, tem-se uma relação jurídica de solidariedade ativa e um dos credores está autorizado a promover isoladamente a respectiva ação de cobrança, nos termos do art. 267 do Código Civil, tem-se, então, uma hipótese de substituição processual: o credor demandante é legitimado extraordinário para conduzir o processo, objetivando certificar a existência do crédito comum. Se o julgamento for de procedência, os demais credores não participantes se beneficiam e, se quiserem, podem inclusive executar o julgado. Por outro lado, se o pedido for rejeitado, os demais credores substituídos, ausentes do processo, em nada serão afetados, podendo, inclusive, promover nova demanda contra o suposto devedor.

Há uma clara opção no ordenamento jurídico brasileiro pelo regime de coisa julgada *secundum eventum litis* nas demandas conduzidas por substituo processual, sem a presença ou participação do substituído[31].

Note-se que, para o processo coletivo que verse sobre *direitos individuais homogêneos*, se estabeleceu, igualmente, no art. 103, § 3º, do CDC, um regime de coisa julgada *secundum eventum litis*: o legitimado coletivo estará autorizado a conduzir o processo e a obter uma decisão de mérito, mas a respectiva coisa julgada sobre direitos individuais somente se produzirá para beneficiar os substituídos. Em caso de improcedência, a coisa julgada não prejudicará os que não

31 Obtempera Leonardo Greco: "À luz das garantias fundamentais do processo, em especial do direito ao contraditório, acredito que o substituído não deva ser atingido negativamente pela coisa julgada formada num processo no qual não foi parte. A meu ver, a coisa julgada somente poderia vincular o substituído se a sentença lhe fosse favorável." (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. II, p. 343). Analisando o problema na perspectiva do art. 506 do CPC/2015, correta a conclusão de Elie Pierre Eid: "[...]reputamos ter caminhado bem o Código de 2015 em adotar a coisa julgada *secundum eventum litis* por ser, dentre as possíveis formas de vinculação de terceiros à coisa julgada formada *inter alios*, a menos prejudicial." (EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio unitário –** fundamentos, estrutura e regime**.** São Paulo: RT, 2016, p. 257).

participaram do processo[32] e a decisão que declare a inexistência das situações jurídicas materiais discutidas não será eficaz relativamente aos substituídos que do processo não participaram.

Observe-se que o § 2º do art. 103 do CDC[33] faz importante ressalva no tocante à sentença de improcedência no processo coletivo sobre direitos individuais homogêneos, ao permitir que o julgamento, independentemente do resultado, também alcance os substituídos que tenham participado[34].

A técnica da chamada "coisa julgada *secundum eventum litis*" embute – não se pode ignorar – o risco de sujeitar o réu a um ônus excessivo, pois, em caso de derrota, ficará exposto às execuções individuais promovidas pelos que se beneficiaram do julgamento e, por outro lado, se lograr êxito na demanda coletiva, ainda assim poderá ser individualmente demandado pelos substituídos que não participaram do processo, vale dizer, sua vitória poderá ter sido inócua.

---

32 Como percebido por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual, assegurada pelo art. 103 do CDC, não elimina a coisa julgada coletiva relativamente ao processo envolvendo o substituto processual. Assim, a coisa julgada coletiva, vinculando as partes do processo coletivo *pro et contra,* em caso de ausência de direito, não se confunde com a extensão subjetiva da coisa julgada sempre a favor dos substituídos (*secundum eventum litis*) que não intervieram (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil.** Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 429-430). Em sentido próximo, afirmando a vinculação do substituto à coisa julgada coletiva em caso de improcedência: TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo,** n. 143, jan. 2007, p. 42-63. Idêntico raciocínio pode ser aplicado ao processo individual conduzido por legitimado extraordinário: a coisa julgada vincula o substituto, inclusive em caso de improcedência. Todavia, o substituído que não participou do processo, ou que não foi citado para participar, permanecerá como terceiro e, dessa forma, ficará imune ao resultado da demanda em caso de improcedência.

33 Segundo a proposta trazida no PL 4.441/2020, no art. 25, § 3º, para a disciplina das ações civis públicas, os membros do grupo de titulares de direito individual não serão prejudicados pela coisa julgada coletiva, mas podem dela se beneficiar quando procedente o pedido. Todavia, os membros do grupo não poderiam, individualmente, intervir no processo coletivo como assistentes, assim não se vinculariam ao julgamento coletivo desfavorável (art. 18, § 1º).

34 Por isso, não é de todo exato afirmar que a coisa julgada nos processos coletivos sobre direitos individuais homogêneos, ou mesmo a seja extensão subjetiva, seja *secundum eventum litis*, pois a coisa julgada pode se formar *pro et contra*, mesmo nos casos de improcedência do pedido, inclusive quando houver suficiência de provas, relativamente aos substituídos que intervierem e participarem do processo.

Para fazer frente ao possível inconveniente de submeter o réu, no processo coletivo, ao ônus de poder vir a ser demandado, sucessivamente, por vários substituídos, o art. 94 do CDC confere ao demandado coletivo o direito de promover a convocação por edital dos possíveis interessados para se litisconsorciarem na demanda coletiva[35]. Tantos quantos se habilitarem no processo coletivo na condição de assistentes estarão sujeitos à coisa julgada.

No processo individual, não há previsão análoga e específica, mas é possível deduzir do art. 18, parágrafo único, do CPC/2015 a existência de um direito à intimação do substituído, para que ele, *querendo*, possa intervir e se integrar ao processo[36].

O DIREITO DO RÉU À FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO

Partindo-se da premissa de que o substituído tem interesse jurídico na demanda – e o tem porque a sua situação jurídica individual será posta à apreciação como *res in iudicium deducta* –, é possível admitir a existência do direito de promover a *citação* dos substituídos com o propósito de integrá-los ao processo.

35 Essa publicação editalícia não se confunde com a citação por edital. Trata-se de uma publicação para que os substituídos saibam da existência da demanda e, se quiserem, possam participar da demanda coletiva. Somente se houver intervenção é que o substituído assumirá a condição de litisconsorte e, assim, estará submetido aos efeitos negativos da coisa julgada. Conforme anotou Leonardo Carneiro da Cunha, "a adoção da extensão subjetiva do julgado *secundum eventum litis* pareceu ser a solução intermediária, a que se coaduna com a realidade nacional. Isso porque se afigurava inadequada a utilização do sistema estrangeiro, notadamente daquele desenvolvido na *civil law* para as ações coletivas, denominadas *class action*. Tal sistema, designado de *opt in* e *opt out*, impõe a convocação por editais de todos os eventuais interessados, independentemente de terem ações individuais em curso, para exercerem ou não a opção de se sujeitarem ao resultado da ação coletiva. Os interessados são, em suma, convocados para serem inseridos (*opt in*) ou permanecerem de fora (*opt out*) da ação coletiva" (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Coisa julgada e execução no processo coletivo. **Revista de Processo,** n. 784, p. 68-82, fev/2001).

36 Cassio Scarpinella Bueno admite que o juiz poderia, a partir dos deveres de cooperação, intimar o substituído, a fim de lhe dar ciência para, querendo, intervir no processo (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva: 2017. p. 122).

O art. 238 do CPC/2015 estabelece a citação como ato por meio do qual "são convocados o réu, o executado ou o *interessado* para integrar a relação processual". Se o substituído inegavelmente é juridicamente interessado na demanda conduzida pelo substituto, então se conclui que é possível pedir a sua citação para integrar a relação processual[37-38].

A promoção da citação do substituído constitui um *direito subjetivo processual* a ser exercido pelo *adversário* do substituto no processo. Trata-se de um mecanismo que lhe permite incluir na relação jurídica processual o substituído com o propósito de torná-lo parte, com a

37 Sofia Temer defende o litisconsórcio ulterior além das hipóteses já expressamente previstas, sendo possível que ingresso do terceiro ao processo aconteça por inciativa das partes, mas também por determinação judicial. Nessa hipótese, o juiz, identificando que o processo teria o potencial de atingir direitos de terceiros, deveria lhes cientificar para que, querendo, assumam no processo a posição que entenderem conveniente (TEMER, Sofia. **Participação no processo civil:** repensando o litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 156-157). Posição semelhante já era defendida por Heitor Sica, embora *de lege ferenda* (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. **Revista de Processo**, n. 256, p. 77-78, jun. 2016,). Pelas razões que expusemos no texto, parece-nos não ser possível que a integração do substituído ao processo ocorra segundo a discricionariedade do juiz e sem a manifestação de vontade da parte, a quem competiria postular sua inserção. Não há, no direito brasileiro, litisconsórcio necessário entre substituído e substituto, nem muito menos norma jurídica que confira ao juiz a prerrogativa de, a seu critério exclusivo, inserir o substituído no processo para o expor à coisa julgada.

38 Segundo o enunciado 110 do FPPC, "havendo substituição processual, e sendo possível identificar o substituído, o juiz deve determinar a intimação deste último para, querendo, integrar o processo." NO mesmo sentido: NUNES, Dierle; CARVALHO, Mayara. Comentários ao art. 18 do CPC/2015. *In:* TUCCI, José Rogério Cruz e *et al.* (coord.). **Código de Processo Civil anotado**. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 32. É preciso, a nosso ver, porém, distinguir, sobretudo por suas consequências, a *intimação* ao substituído, que até poderia ser determinada pelo juiz, da sua *citação*, que somente pode ocorrer por iniciativa da parte adversária. A intimação do terceiro (substituído) lhe assegura somente a ciência sobre a existência da demanda para acompanhá-la, fiscalizar a atuação do legitimado extraordinário e, até mesmo, para intervir como assistente litisconsorcial, caso deseje. Essa intimação não impõe nenhum ônus ao substituído: caso não queira intervir, continuará sendo terceiro para todos os fins (CPC/2015, art. 506) e a coisa julgada será formada *secundum eventum litis*. Já a *citação*, como expusemos, não pode ser determinada de ofício pelo juiz e faz o substituído integrar-se ao processo na condição de litisconsorte (CPC/2015, art. 238), com todas as consequências daí decorrentes (ônus de sucumbência, etc.) e sua submissão integral à coisa julgada, inclusive em caso de derrota, e mesmo que decida não atuar, confiando sua defesa ao substituto.

condição de exercer todos os direitos e garantias inerentes ao devido processo legal e ao contraditório e, deixando de ser um terceiro, também ficar submetido aos efeitos negativos da coisa julgada[39].

Cuida-se de permitir a formação de um *litisconsórcio ativo facultativo*, por iniciativa do réu. Embora não seja comum promover-se a citação de alguém para se integrar ao polo ativo da relação processual, isso não é de todo estranho na experiência jurídica brasileira. Na denunciação da lide feita na petição inicial contra o alienante da coisa, a fim de que venha a responder pela eventual evicção (CPC/2015, art. 125, I), tem-se a parte autora promovendo a litisdenunciação para que o alienante possa ser citado e venha a se tornar um litisconsorte ativo, podendo, inclusive, acrescer novos fundamentos e novos pedidos (CPC/2015, art. 127)[40].

O art. 238 do CPC/2015 prevê a citação[41] como ato de convocação do "interessado" para sua integração à relação jurídica processual, independentemente da posição que venha a assumir[42]. Não há

39 Eduardo Talamini defendia, ao tempo da vigência do CPC/73, a positivação, *de lege ferenda*, de norma estabelecendo a citação de todos os colegitimados à impugnação do mesmo ato jurídico para que, querendo, possam ingressar em um dos polos do processo e fiquem, desse modo, submetidos à coisa julgada (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005, p. 103). Parece-nos que o art. 238 do CPC/2015 cumpre esse papel, conforme expusemos ao longo do texto.

40 Essa era a lição de Pontes de Miranda ainda sob a vigência do CPC/73: "Feita a litisdenunciação pelo autor, o litisdenunciado, se comparece, assume a posição jurídica de litisconsorte do denunciante, e pode acrescentar o que achar conveniente à petição inicial" (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil,** II. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 151).

41 Como bem observado por Sofia Temer, a redação do art. 238 do CPC/2015, por ser mais abrangente em relação ao art. 213 do CPC/1973, abre um espectro de possibilidades de convocação, reconhecendo que o sujeito integrado à relação processual atue além do oferecimento de defesa e participe, a despeito da ausência de uma posição pré-definida, ou polo fixo (TEMER, Sofia. **Participação no processo civil:** repensando o litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 202).

42 Não se deve estabelecer uma relação necessária entre a citação e o polo a ser ocupado pela parte no processo, inclusive por ser possível, em hipóteses já não tão raras, a migração de polos na mesma relação processual. Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva.** Salvador: Juspodivm, 2012, p. 69; MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. *In:* DIDIER JR., Fredie;

óbice a que essa convocação provenha da iniciativa do réu, nem que o substituído convocado venha a assumir a posição de litisconsorte ativo, ou outra que lhe seja conveniente[43].

A presença do substituído não é indispensável, nem constitui requisito de validade do processo; não se trata de converter a substituição processual em um litisconsórcio necessário[44], mas de permitir que o réu, quando esteja a litigar contra um substituto processual, possa também dispor de um mecanismo capaz de inserir o substituído na relação jurídica processual, a fim de afastar a sua imunidade aos efeitos desfavoráveis da coisa julgada.

Possibilitar a formação de um litisconsórcio facultativo unitário ativo[45] (embora o substituído, ao ser citado, possa assumir a posição

---

MOUTA, José Henrique (coord.). **Tutela jurisdicional coletiva.** Salvador: Juspodivm, 2009. p. 385; EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. In: **Revista de Processo**, n. 297, p. 39-77, nov. 2019; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Primeiras reflexões sobre a legitimidade processual no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo,** nº 305, p. 78, jul. 2020.

43 Nesse sentido, o enunciado 118 do FPPC: "O litisconsorte unitário ativo pode optar por ingressar no processo no polo ativo ou passivo ou, ainda, adotar outra postura que atenda aos seus interesses."

44 Heitor Sica defende, baseando-se na ideia de "despolarização" quando haja incindibilidade da situação jurídica substancial, que o sujeito isoladamente possa propor a demanda, estando assim no polo ativo da demanda, e que o outro figurante da relação jurídica substancial (*v.g.* litígio envolvendo dois vendedores do mesmo imóvel em demanda proposta por só um deles) seja citado para, querendo, acompanhar o processo e, com isso, ficar sujeito à imutabilidade da coisa julgada material (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. **Revista de Processo**, n. 256, jun/2016, p. 80). Essa posição parece-nos que se aproxima do regime estabelecido no art. 238 do CPC/2015, muito embora, ao nosso ver, não haja, nessa hipótese, um litisconsórcio necessário.

45 Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem ser inconstitucional o litisconsórcio facultativo unitário, pois violaria o direito fundamental à paridade de armas, já que o demandado também tem direito à tutela jurisdicional e à solução definitiva do litígio, e isso não viria a ser garantido se a coisa julgada dependesse do resultado do processo. Desse modo, todo litisconsórcio (ativo ou passivo) unitário seria sempre necessário (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: RT, 2015. p. 195). Conforme salientamos ao longo do texto, o microssistema de extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*, extraído dos art. 18, 238, 506 do CPC/2015, do art. 102 do CDC e do art. 274 do Código Civil não apresenta qualquer incompatibilidade com a norma fundamental de paridade de armas no processo, já que ao réu, segundo defendemos, é assegurado o direito de integrar o substituído à relação jurídica processual,

processual que preferir) significa assegurar a paridade de armas (CPC/2015, art. 7º), viabilizando que a parte interessada em submeter o substituído ao resultado desfavorável do julgamento possa se livrar do inconveniente do regime de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* previsto no art. 506 do CPC/2015.

Justamente por constituir um direito subjetivo processual do réu (assim como constitui direito do autor formar um litisconsórcio facultativo ativo ou passivo, se os requisitos para a formação litisconsorcial estiverem presentes[46]), o juiz não pode de ofício[47] determinar a citação dos substituídos, nem se pode cogitar aqui de uma possível intervenção *iussu iudicis*[48], inclusive porque ao réu pode ser mais estratégico e vantajoso litigar tão somente contra o substituto, não obstante fique sujeito à coisa julgada *secundum eventum litis*.

Conquanto alguns tenham admitido intervenções de terceiros atípicas, inclusive feitas por iniciativa judicial[49], o fato é que o ordenamento jurídico brasileiro, ao menos no que se refere à integração ao processo pelo substituído, não se aproximou desse pensamento, tanto assim que o art. 18, parágrafo único, do CPC/2015,

promovendo a formação de um litisconsórcio ulterior facultativo unitário, como técnica para vinculá-lo ao desfecho desfavorável do julgamento.

46 Como bem destacado por Rodrigo Ramina de Lucca, as partes é que possuem a "disponibilidade sobre a composição dos polos processuais", salvo quando houver litisconsórcio necessário, que será sempre excepcional (LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade processual** – A liberdade das partes no processo. São Paulo: RT, 2019. p. 180).

47 Não há no direito brasileiro regra similar ao art. 107 do *Codice de Procedura Civile*, segundo o qual "Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa e' comune, ne ordina l'intervento." Esse dispositivo conferiria um poder discricionário ao juiz para convocar o sujeito, fazendo-o parte no processo, fora das hipóteses de litisconsórcio necessário (PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile.** Milano: Giuffrè, 2010. p. 208-209).

48 Posição defendida, com bons argumentos, por Lia Carolina Batista Cintra, como forma adequada de possibilitar a extensão da coisa julgada ao substituído (CINTRA, Lia Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz.** São Paulo: RT, 2017. p. 214-216). *De lege lata*, contudo, não foi essa a opção feita pelo Código brasileiro.

49 Heitor Sica defendia, mesmo sob a vigência do CPC/1973, a possibilidade *ope iudicis* de ampliação subjetiva da relação processual, mesmo quando não houvesse litisconsórcio necessário (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, n. 200, p. 13-70, out/2011).

faculta ao titular do direito subjetivo posto em litígio pelo substituto processual intervir na causa como assistente litisconsorcial.

Admitir o ingresso voluntário do sujeito como assistente litisconsorcial, como está posto no art. 18, parágrafo único, do CPC/2015, é algo distinto de impor a formação de um litisconsórcio necessário entre substituto e substituído. E, mesmo que se admita a possibilidade ou até a necessidade da intimação do substituído por iniciativa do juiz, isso não torna obrigatória a intervenção[50], nem o converte em parte pelo simples fato de ter sido comunicado da existência da demanda.

O substituído só se tornará parte caso seja *citado*, como prevê o art. 238 do CPC/2015, ou na hipótese de comparecer no processo espontaneamente para intervir como assistente litisconsorcial (CPC/2015, art. 18, parágrafo único). Intimações[51] feitas a terceiros, por iniciativa do juiz, para cientificá-los da litispendência não terão o condão de submetê-los à autoridade da coisa julgada.

Consequentemente, aceitar a intervenção *iussu iudicis* nesse caso seria eliminar essa *faculdade* do substituído (possibilidade de intervir ou não), tornando sua intervenção, ou ao menos sua convocação, obrigatória, inclusive por força da iniciativa do juiz. Como não há qualquer norma estabelecendo esse mecanismo compulsório de

50 Como salientou Jordi Nieva Fenoll, comentando a norma do art. 150.2 da LEC espanhola (dispositivo que prevê a necessidade de intimação do substituído pelo tribunal), "el substituído no tiene por qué ser parte en el proceso sustanciado en sustitución procesal, aunque desde luego, como se ya demonstrado reiteradamente, pude llegar a serlo si lo deseja." (NIEVA FENOLL, Jordi. **La sustitución procesal.** Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 121).

51 Como corretamente observou Leonardo Carneiro da Cunha, "se o sujeito ainda não é parte no processo, não deve ser intimado, mas citado, pois é a citação que convoca alguém a integrar o processo, passando a ostentar a condição de parte" (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, III. São Paulo: RT, 2018, p. 265). Acresça-se que a segurança jurídica do terceiro (substituído) também estaria comprometida nessa hipótese de sua "convocação" por meio de intimação (atípica): ele seria intimado para ter "ciência" do processo conduzido pelo substituto, mas sem a plena e inequívoca convicção sobre a que título poderia a partir de então atuar no processo e, sobretudo, e sem a exata noção sobre quais os ônus decorrentes da sua intervenção ou da sua omissão (estaria ele, afinal de contas, submetido à coisa julgada caso não atuasse?).

chamamento do substituído ao processo (ou mesmo prevendo qualquer outra forma de intervenção similar que pudesse ser enquadrada como "atípica") e como o Código, expressamente, *facultou* o ingresso do substituído, porém na condição de assistente, conclui-se não ser dado ao juiz "convocar", de ofício, o substituído para intervir no processo, transformando-o, por via oblíqua, em parte.

O MICROSSISTEMA DE EXTENSÃO SUBJETIVA DA COISA JULGADA NA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

É possível encontrar um regime jurídico comum, no que se refere à coisa julgada na substituição processual, pela conjugação de normas do CPC/2015, que disciplinam, embora com algumas lacunas, a coisa julgada e a sua extensão a terceiros, do Código Civil, que dá um tratamento para hipótese específica de substituição processual (credores solidários) e do CDC, ao prever um modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*, com possibilidade de extensão dos efeitos negativos da coisa julgada aos substituídos que voluntariamente intervierem no processo.

Esse diálogo de fontes permite estruturar uma plataforma normativa *comum* aos processos individuais e aos processos coletivos que versem sobre direitos individuais (homogêneos)[52].

O regime da coisa julgada em relação aos substituídos que não participaram do processo conduzido pelo substituto processual deve ser definido a partir da conjugação das normas dos arts. 238 e 506 do CPC/2015; art. 274 do Código Civil e art. 103, § § 2º e 3º do CDC. Tem-se um microssistema normativo, a partir do qual é possível encontrar a disciplina da coisa julgada na substituição processual verificada em processo individual e em processo coletivo sobre direitos individuais

52 A rigor, estruturalmente, a substituição processual verificada no processo coletivo relativo a direitos individuais homogêneos é idêntica à encontrada nos litígios individuais, com a única particularidade de que o número de substituídos pode ser maior nas demandas coletivas. O perfil da substituição processual, contudo, não se altera: nos dois casos, têm-se situações jurídicas individuais sendo discutidas no processo por outros sujeitos legitimados.

homogêneos, estruturado da seguinte forma: a) a coisa julgada a princípio será *secundum eventum litis* (extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*), de modo a apenas beneficiar o substituído que não participou do processo, sem poder prejudicá-lo; b) os substituídos que voluntariamente intervierem no processo e se tornarem litisconsortes (assistentes litisconsorciais) passam a se submeter integralmente ao resultado do processo (coisa julgada), inclusive na hipótese de improcedência; c) o réu possui o direito de, segundo seu exclusivo critério, promover a *citação* dos substituídos para integrá-los ao processo e sujeitá-los, com isso, à coisa julgada material *pro et contra*[53].

53 Observe-se que esse raciocínio de regime de coisa julgada *secundum eventum litis* em relação ao terceiro pode ser aplicado tanto à resolução de questões principais quanto às questões incidentais de cuja solução poderá advir coisa julgada em favor de quem seja parte no processo, desde que presentes os requisitos do art. 503, § 1º do CPC/2015. Conforme ressaltado por Luiz Guilherme Marinoni, a coisa julgada sobre questão pode beneficiar terceiro quando se trate de questão idêntica, isto é, a própria questão que o terceiro tem legitimidade para discutir em juízo para obter tutela do direito (MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo,** n. 259, set/2016, p. 113). Como bem salientou Carolina Uzeda, a extensão subjetiva da coisa julgada é válida em benefício de terceiros caso tenha havido o contraditório amplo e efetivo, ou seja, as partes, no processo originário, não tenham tido qualquer restrição probatória (LIBARDONI, Carolina Uzeda. Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**, n. 258, p. 449-467, ago.2016,).

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Substituição Processual. **Revista dos Tribunais,** v. 426, 1971.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

ASSIS, Araken de. Substituição Processual. **Revista Dialética de Direito Processual,** n. 9, dez/2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva: 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda. I*n*: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva.** Salvador: Juspodivm, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS JR., Ephraim. **Substituição processual.** São Paulo: RT, 1985.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil.** Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, G. **Princípios de derecho procesal civil.** Madrid: Reus, 1925.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, v. 438, 1972.

CINTRA, Lia Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz.** São Paulo: RT, 2017.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário. **Revista de Processo**, n. 292, junho/2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Coisa julgada e execução no processo coletivo. In: **Revista de Processo**, n. 784, fev. 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 506 do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil.** Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2019.

EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. In: **Revista de Processo**, n. 297, nov. 2019.

EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio unitário –** fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: RT, 2016.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva: 2007.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. **Revista de Processo**, n. 126, ago. 2005.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**, n. 258, ago. 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada.** São Paulo: RT, 1997.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade processual** – A liberdade das partes no processo. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. In: **Revista de Processo,** n. 259, set. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: RT, 2015.

MAZZEI, Rodrigo (Coord.). Alguns mitos do processo (II): Liebman e coisa julgada. *In:* DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e estabilidades processuais.** Salvador: Juspodivm, 2018.

MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. *In*: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (coord.). **Tutela jurisdicional coletiva.** Salvador: Juspodivm, 2009. p. 373-395.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário.** Rio de Janeiro: Forense, 1972.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La sustitución procesal.** Madrid: Marcial Pons, 2004.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Primeiras reflexões sobre a legitimidade processual no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, n. 305, jul. 2020.

NUNES, Dierle; CARVALHO, Mayara. Comentários ao art. 18 do CPC/2015. In: TUCCI, José Rogério Cruz *et al.* (coord.). **Código de Processo Civil anotado**. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. **Substituição processual.** São Paulo: RT, 1971.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile.** Milano: Giuffrè, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil.** São Paulo: RT, 2006.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di Diritto Processuale Civile.** Napoli, Jovene, 2010.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. In: **Revista de Processo**, n. 256, jun. 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, n. 200, out. 2011.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada. (os limites subjetivos da coisa julgada). *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.** São Paulo: RT, 2004. p. 202-225.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: RT, 2005.

TEMER, Sofia. **Participação no processo civil:** repensando o litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada**. São Paulo: RT, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo,** n. 143, jan. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: RT, 2006.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil.** Buenos Aires: EJEA, 1977.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile.** Milano: Giuffrè, 1947.

9. SISTEMA PENITENCIÁRIO EM ALAGOAS: O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO CONTEXTO DE UMA CULTURA DE VIOLÊNCIA

Elaine Pimentel

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

NOTAS INTRODUTÓRIAS: SITUANDO AS INVESTIGAÇÕES CRIMINOLÓGICAS BRASILEIRAS SOBRE ENCARCERAMENTO MASSIVO

Há alguns anos, os campos da sociologia da punição, economia política da pena e criminologia vêm se dedicando a compreender o fenômeno de encarceramento massivo[1], esforço também presente, mais recentemente, no cenário brasileiro[2]. Essas investigações partem do pressuposto da necessidade de entendimento de seus fatores condicionantes, correspondentes a questões políticas, sociais, raciais e culturais, as quais impactam essa nova realidade punitiva.

Uma das razões para a proliferação de estudos dessa natureza foi o brusco aumento da punitividade e, consequentemente, do encarceramento, em diversos países do Norte e Sul global, o qual ensejou inúmeros efeitos sociopolíticos marcantes. Tal incremento – que foi denominado por alguns de *giro punitivo* – pode ser facilmente constatado, a partir da década de 1990, nos países sul-americanos[3] e, mais especificamente, no Brasil. Neste país, a população prisional saiu

1 GARLAND, David (ed.). **Mass imprisonment**: social causes and consequences. GARLAND, David. The meaning of mass imprisonment. Londres: Sage, 2001.

2 MACHADO, Érica Babini do Amaral (ed.). Encarceramento em massa (dossiê especial). **Revista brasileira de ciências criminais, n. 129**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

3 SOZZO, Máximo. Más allá de la *tesis de la penalidad neoliberal*? Giro punitivo y cambio politico en América del Sur. MACHADO, Érica Babini do Amaral (ed.). Encarceramento em massa (dossiê especial). **Revista brasileira de ciências criminais, n. 129**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

da marca de 90 mil pessoas encarceradas, no ano de 1990, ao patamar de mais de 700 mil reclusos, no ano de 2016[4].

No esteio dessas investigações, algumas macroexplicações foram apresentadas para dar conta do fenômeno, sendo as mais conhecidas a de que o encarceramento massivo seria resultante de políticas neoliberais hegemônicas[5] e, de outro lado, a tese de que ele seria decorrente da sedimentação de uma cultura de controle do crime[6]. No entanto, apesar da grande influência que tiveram nas reflexões acerca da punição contemporânea, ambas as propostas receberam críticas e ponderações importantes. Por exemplo, afirmou-se ter havido diminuição da população prisional em certas localidades[7] – o que, de modo geral, contrariava as premissas dessas teses – assim como existem variações enormes nas dinâmicas de encarceramento, se comparadas às realidades nacionais com as subnacionais e estaduais[8].

Ainda mais relevantes para os objetivos deste trabalho, foram as constatações de que o processo social de encarceramento massivo é um fenômeno eminentemente racializado[9]. O racismo estrutural[10] que sustenta as bases históricas do encarceramento em massa, implica a análise dessa realidade também numa perspectiva interseccional[11],

4 DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

5 WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

6 GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

7 BRANDARIZ GARCÍA, José. Más allá del giro punitivo? el descenso de la población penitenciaria en el Norte global. PITLEVNIK, Leonardo (org.). **Superpoblación carcelária**: dilemas y alternativas. Buenos Aires: Didot, 2019.

8 GOTTSCHALK, Marie. The carceral stare and the politics of punishment. SIMON, Jonathan; SPARKS, Richard (orgs.). **The sage handbook of punishment and society**. Los Angeles: Sage, 2013.

9 ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação**: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

10 ALMEIDA, Silvio Luiz de **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

11 CRENSHAW, Kimberle. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** 2002. Disponível em: http://www.scielo.

que traz em si uma abordagem de gênero[12]. Embora os dados do Depen (2021) evidenciem, em números absolutos, uma quantidade muito maior de homens privados de liberdade nos cárceres brasileiros, a taxa de aumento do encarceramento feminino é proporcionalmente maior que a masculina.

Isso significa que o aprisionamento de mulheres, historicamente invisibilizado no pensamento criminológico, passou a exigir mais atenção, demandando dos Poderes Públicos a adoção de medidas e políticas públicas que considerem as peculiaridades das mulheres encarceradas – a exemplo da Portaria Interministerial nº 210, de 16 de janeiro de 2014, que institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional. Da mesma forma, decisões do Supremo Tribunal Federal que potencializaram o desencarceramento trouxeram como argumento a condição do aumento expressivo do encarceramento feminino, a exemplo do HC 118.533/MS – que afastou os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada – e do HC 143641/SP – por meio do qual o Supremo Tribunal Federal determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas.

Portanto, são múltiplos os fatores analíticos para a compreensão do fenômeno do encarceramento massivo, que deve ser analisado em sua dimensão sociocultural complexa e em constante mudança. Nesse sentido, fatores regionais e locais devem ser considerados importantes para o entendimento da utilização política do controle prisional; e para a percepção de que é inadequada a utilização precipitada dessas teses para dar conta da realidade de outros países, sobretudo os localizados

br/scielo.php?pid=S0104-026X2002000100011&script=sci_abstract&tlng=pt.

12 PIMENTEL, Elaine. O grande encarceramento por uma perspectiva de gênero. *In.:* ALMEIDA, Luiz Sávio de; COUTINHO, Sérgio; FRANÇA JÚNIOR (orgs.). **Direito, sociedade e violência**: reflexão sobre Alagoas. Maceió: Edufal, 2015.

no Sul global, considerando que ambas foram elaboradas a partir do cenário estadunidense e britânico[13].

Tais posturas se coadunam com a premissa de que a elaboração de explicações criminológicas também deve ser feita à luz das realidades dos países do Sul global[14]. Essa perspectiva não significa um rechaço absoluto das reflexões que vêm sendo produzidas no contexto de países centrais. O que se demonstrou foi a necessidade de um diálogo horizontal e crítico entre as ideias do Norte e Sul, tomando-se como ponto de partida, para as investigações realizadas em países austrais, a observação de seus problemas e idiossincrasias locais. Implica, ainda, perceber a potência de chaves explicativas engendradas a partir de questões outrora marginalizadas ou mesmo ignoradas no discurso criminológico hegemônico – por exemplo, relacionadas à colonialidade, racismo e violência de gênero, entre outras. Ainda, considera que a distinção entre Norte e Sul global, a rigor, pode ser relativizada, pois existem realidades punitivas em países centrais que se assemelham as de nações periféricas, assim como regiões de países do Sul global que apresentam níveis de violência social e institucional mais próximos dos encontrados em países do Norte global [15].

Seguindo esse raciocínio, no quadrante de investigações brasileiras sobre o encarceramento em massa, entende-se ser necessário voltar as atenções às realidades prisionais estaduais, a fim de compreender melhor a sua dinâmica de crescimento acelerado da população privada de liberdade, a partir da consideração de fatores locais que poderiam tê-la impulsionado. Com essa preocupação, o presente capítulo tem como objetivo descrever a situação do sistema penitenciário alagoano e as suas transformações gerenciais e culturais,

13 SOZZO, Máximo. Más allá de la *tesis de la penalidad neoliberal*? Giro punitivo y cambio político en América del Sur. MACHADO, Érica Babini do Amaral (ed.). Encarceramento em massa (dossiê especial). **Revista brasileira de ciências criminais, n. 129**, Revista dos Tribunais, 2017b.

14 CARRINGTON, Kerry *et al.* **Southern criminology**. Londres: Routledge, 2019.

15 FONSECA, David. Reimagining the sociology of punishment through the global-south: postcolonial social control and modernization discontents. **Punishment & society, v. 20, n. 1**, 2017.

no período compreendido entre os anos de 2005 e 2020, bem como refletir sobre sua relação com a dinâmica do encarceramento massivo brasileiro.

Para tanto, foram estudadas as variações nas populações de encarcerados, bem como as alterações e criações de unidades prisionais e políticas penitenciárias adotadas no período. Em um primeiro momento, serão oferecidas informações mais gerais a respeito do Estado de Alagoas, com foco na exposição das suas formas mais marcantes de violência, bem como no modo como se dão os processos de criminalização e o controle punitivo na região. Após, serão utilizados dados quantitativos extraídos de relatórios elaborados anualmente pela Secretaria de Ressocialização e Inclusão Social (Seris), os quais subsidiaram as informações de âmbito nacional compiladas pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e Ministério da Justiça para a elaboração de relatórios oficiais, tais como o levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen), entre outros. Em seguida, aspectos mais específicos do sistema alagoano serão explorados, por meio da análise qualitativa das informações, com o subsídio de pesquisas acadêmicas que tiveram como objeto a realidade punitiva do Estado de Alagoas.

VIOLÊNCIA SOCIAL E INSTITUCIONAL EM ALAGOAS

A fim de compreender melhor as dinâmicas de encarceramento alagoana e o modo como tem se dado a sua massificação nesse Estado, cumpre tecer algumas considerações sobre os processos de criminalização e vitimização ali encontrados com mais frequência. É sabido que o encarceramento tem sua própria lógica, não refletindo, necessariamente, os níveis de criminalidade e/ou violência social. As correlações existentes entre a prisão e a violência social e institucional são complexas, estando longe de corresponderem a um liame de causa e efeito. Entretanto, acredita-se ser bastante importante a compreensão do cenário de violência em Alagoas, inclusive, para a

consideração de componentes sociopolíticos e culturais que podem estar relacionados com o modo como se utiliza o controle prisional.

Localizado no Nordeste brasileiro, o Estado de Alagoas – um dos menores da Federação em extensão territorial – tem sua economia, ainda hoje, fortemente vinculada ao setor sucroalcooleiro. Há um longo histórico de predomínio das elites agrárias no poder político alagoano, fruto de sua colonização escravista e baseada, primordialmente, na cultura da cana-de-açúcar. Afora isso, mais recentemente, outros setores econômicos vêm ganhando importância, tais como o turismo. Não obstante, o índice de desemprego alagoano é bastante alto[16] e boa parte das atividades profissionais são marcadas pelo informalismo e pela precarização. Isso se reflete, sem dúvidas, no péssimo índice de desenvolvimento humano (IDH), que media 0,631 no ano de 2010 – o pior do Brasil[17].

O coronelismo e a concentração de poder em torno de oligarquias rurais contribuíram para a existência de uma *cultura de violência* em Alagoas[18]. Nesse sentido, a violência política foi tradicionalmente utilizada para a manutenção de estruturas de poder, o que se deu, muitas vezes, por meio de ingerências em instituições estatais, tais como a polícia militar – com reflexos no sistema prisional. Assim, pode-se afirmar que "há uma certa linha de continuidade entre as bases do poder montadas no período colonial e a lógica de poder de mando que ainda referencia as práticas dos *novos coronéis* que compõem o cenário político de Alagoas"[19].

Em meio aos crimes de mando e ligados à política alagoana, também pode ser apontada a grande quantidade de eventos de violência policial, sendo as forças policiais desse Estado bastante

16 A taxa de desemprego correspondente aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2022 é de 14,2%, que é maior que a média nacional, de 11,1%. Dados consultados no IBGE: https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php. Acesso em: 12 jun. 2022.

17 Dados consultados no IBGE: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/al/panorama. Acesso em: 12 jun. 2022.

18 VASCONCELOS, Ruth. O poder e a cultura de violência em Alagoas. Maceió: Edufal, 2014.

19 Idem, p. 108.

conhecidas pela reiteração do uso extremado da força. Assim, foram verificados na imprensa local diversos casos, ocorridos na década de 1970, de envolvimento de agentes do Estado em atividades criminosas, sobretudo de policiais, as quais foram entendidas como caracterizadoras de grupos de extermínio e execução sumária[20]. A violência institucional também foi desvelada por meio de diversos relatos de práticas de tortura policial ou no ambiente carcerário[21].

Novos arranjos sociais possibilitaram a emergência de modalidades de violência com características distintas daquelas tradicionalmente presentes no Estado. Seguindo esse raciocínio, é importante registrar que os altos índices de violência urbana no Nordeste podem ser considerados um fenômeno recente[22]. Dentre os fatores a serem elencados para o entendimento desse aumento de violência no Estado de Alagoas, podem ser citados o crescimento populacional de suas cidades e as acentuadas transformações urbanas, impulsionados pelo êxodo rural resultante de crises estruturais na economia canavieira a partir dos anos 1990. Disso decorreu uma piora significativa da qualidade de vida, mormente nas regiões periféricas das cidades, além da já comentada carência de empregos[23], os quais contribuíram para a elevação de crimes violentos registrados.

É possível observar melhor esse crescimento focando-se nos casos de violência letal. Nesse sentido, observou-se que, seguindo o padrão brasileiro, as regiões de Maceió que apresentam maiores números de homicídios[24] são áreas periféricas, marcadas pela

20 MAJELLA, Geraldo. **Execuções sumárias e grupos de extermínio em Alagoas**. Maceió: Edufal, 2006. p. 21.

21 Por exemplo: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/867073-promotoria-abre-investigacao-sobre-tortura-de-presos-em-al.shtml. Acesso em: 12 jun. 2022.

22 OLIVEIRA, Emerson. Acumulação social da violência e sujeição criminal em Alagoas. **Revista Sociedade e Estado**, v. 32, n. 2, 2017.

23 Ibidem.

24 Seguindo a metodologia adotada nos atlas da violência do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, não se utilizou o conceito legal de homicídio, mas sim uma concepção mais ampla ligada a crimes violentos letais intencionais (CVLI), entendidos como os casos de mortes ocasionados por agressões e intervenções legais (Cerqueira *et al*, 2021).

precarização da infraestrutura e das vidas de seus habitantes – e apenas três de seus maiores bairros (Cidade Universitária, Benedito Bentes e Jacintinho) concentraram, nos anos de 2015 a 2017, 1/3 dos homicídios ocorridos em toda a capital[25]. Além disso, também se destaca a enorme alta da taxa de homicídios[26] no Estado de Alagoas, a partir do início dos anos 2000, mas somente mais recentemente se verifica uma tendência de baixa acelerada dessa taxa média.

Assim, o Estado de Alagoas saiu da taxa de 33,9, no ano de 2004, para 62,8, no ano de 2014 – tendo atingido a taxa recorde de 71,4 homicídios por 100 mil habitantes em 2011. No ano de 2021, a taxa foi de 33,4, por 100 mil habitantes, refletindo uma recente tendência nacional de decréscimo dos registros de letalidade violenta. Vale lembrar que a taxa alagoana, em todo o período de 2004 a 2019, foi superior – por vezes, muito maior – que a taxa brasileira, que equivalia a 26,5, em 2004, e a 21,7, em 2019[27].

Nesses eventos letais, não é possível generalizar a existência de uma relação direta entre homicídios praticados em Maceió e o comércio ilícito de drogas[28], o que contraria o discurso bastante difundido que imputa ao tráfico a causa da maioria das situações de mortes violentas nas cidades brasileiras. Também é importante lembrar das características particulares de vitimização letal direcionada a certos grupos sociais, tais como as dinâmicas de feminicídio[29] e de

25 SILVA, Fillipi Lúcio Nascimento da. **Dinâmicas intraurbanas e mobilidade criminal**: uma análise "ecológica" da criminalidade em Maceió (AL). Maceió: Edufal, 2021. p. 87-89.

26 A qual corresponde ao resultado do número de homicídios praticados no período dividido pela população, multiplicado por 100 mil (habitantes).

27 CERQUEIRA, Daniel *et al*. **Atlas da violência 2021**. São Paulo: Fórum brasileiro de segurança pública, 2021.

28 MALAQUIAS, Carlos Adolfo Carvalhal. **Da relação entre tráfico de drogas e homicídios em Maceió**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2021.

29 LIMA, Anne Caroline Fidelis de. **Estudo configuracional dos assassinatos cometidos contra mulheres na cidade de Maceió**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018.

assassinatos com motivação homofóbica[30], assim como a enorme desproporção entre a quantidade de vítimas negras assassinadas, quando comparadas com as brancas – em Alagoas, no ano de 2019, a taxa de homicídios especificamente de pessoas negras era 42,9 vezes maior que a de pessoas não negras e, nesse mesmo período, 99% das vítimas letais no Estado eram negras[31]. Por fim, também espelhando a realidade nacional, registre-se a maior vulnerabilidade de alagoanos jovens, compreendidos como os que têm entre 15 e 29 anos, para os quais a taxa de homicídios no ano de 2019 atingiu a taxa de 70,3, por grupo de 100 mil habitantes[32].

Não obstante, não é possível compreender o encarceramento acelerado tão somente a partir da repressão específica à violência homicida em Alagoas, mesmo considerando esforços institucionais voltados especificamente para esse objetivo, como a melhoria na investigação policial de homicídios decorrente da implantação do Programa Brasil Mais Seguro, no ano de 2012[33]. Nesse sentido, apesar da enorme variação no número de homicídios praticados no Estado entre os anos de 2004 e 2019, anotada acima, não se verificou uma correspondente alta de incidências por tipos penais relacionados a crimes violentos letais intencionais, na população prisional alagoana, no mesmo período. Com efeito, quando considerados proporcionalmente os registros de homicídios simples e qualificados e latrocínios (roubos qualificados com resultado morte) da população prisional masculina, observa-se que correspondem a 24,20% das incidências totais, no ano de 2005; 32,47%, no ano de 2011, mesmo período em que a taxa de homicídios atingiu o patamar recorde em

30 NUNES, Plácido Adriano de Moraes. **Como se computa a violência homofóbica no Brasil?** Dados, reconhecimento e visibilidade do movimento LGBT em Maceió (AL). Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018.

31 CERQUEIRA, Daniel *et al*. **Atlas da violência 2021**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021. p. 52-53.

32 Idem, p. 29.

33 SILVA, Fillipi Lúcio Nascimento da. **Dinâmicas intraurbanas e mobilidade criminal**: uma análise "ecológica" da criminalidade em Maceió (AL). Maceió: Edufal, 2021.

Alagoas; e, por fim, 26,50%, em junho de 2021[34]. Tampouco a recíproca é verdadeira, sendo possível observar que o encarceramento não é o único fator a ser considerado para a compreensão da redução de homicídios constatada nos últimos anos, o que pode ser inferido da comparação das variações das taxas de aprisionamento e homicídio alagoanas[35].

Essa constatação vai ao encontro da hipótese de que o crescimento do encarceramento alagoano não está diretamente atrelado às variações dos níveis de violência social e criminalidade no Estado. Mais que isso, torna mais premente a busca de outras razões para a rápida expansão do sistema penitenciário alagoano, para além das afirmativas mais tradicionais que persistem, justificando o fenômeno como sendo um simples efeito do aumento de delitos. Essa chave de explicações, ao menos no que diz respeito à realidade alagoana, não parece ser adequada para o entendimento do fenômeno.

A DINÂMICA DO ENCARCERAMENTO EM ALAGOAS

O campo criminológico passou a utilizar o termo *encarceramento em massa*, sobretudo, a partir das reflexões sobre o agigantamento da população prisional estadunidense, iniciada a partir dos anos 1970. Alguns anos depois, tal crescimento também pode ser observado em países sul-americanos[36], dentre os quais o Brasil, onde é possível observar um acelerado incremento da população de pessoas privadas de liberdade. Assim, em 1990, portanto pouco após a redemocratização do país, o Brasil

34 Para o cálculo, foram utilizados os relatórios emitidos pela Secretaria do Governo de Alagoas de indicadores do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), correspondentes a todo o período (Seris). Devido à ausência de detalhamento de informações, não foi possível computar os casos de lesões corporais seguidas de morte (Art. 129, §3º, do Código Penal).

35 SOUZA, Pedro Ivo Moraes de. Prisões provisórias e a manutenção do sistema punitivista: um panorama acerca do perfil dos presos sem condenação no Estado de Alagoas. NASCIMENTO, Emerson Oliveira do (org.). **Crime, controle e punição**: estudos sobre segurança pública em Alagoas. Maceió: Edufal, 2019. p. 94-97.

36 SOZZO, Máximo (org.). **Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017a. p. 325.

possuía 90 mil pessoas privadas de liberdade. No ano de 2016, porém, já havia ultrapassado o número de 700 mil reclusos[37]. O incremento punitivo também pode ser visualizado por meio do crescimento acelerado da taxa de aprisionamento. O Brasil possuía, no ano de 1990, a taxa de 61 presos por 100 mil habitantes. Passados alguns anos, em 2017, tinha alcançado a marca de 350 detentos por 100 mil habitantes[38].

É possível elencar dois fatores que são importantes para o conceito de encarceramento em massa. Em primeiro lugar, o número de encarcerados. Assim, o encarceramento massivo "implica uma taxa de aprisionamento e um tamanho de população prisional que é notadamente superior aos termos históricos e comparativos para sociedades desse tipo"[39]. Acrescenta-se ainda a transição de um encarceramento individual para o aprisionamento sistemático de grupos inteiros da população[40]. Envolve uma série de opções políticas – travestidas de medidas gerenciais – que demandam enormes gastos de recursos nos sistemas policial e judiciário. Em países mais punitivos, o controle prisional pode exercer importante papel econômico, inclusive no que diz respeito à geração de empregos[41]. Trata-se de uma política que provoca maiores danos sociais que os que pretende solucionar[42], motivo pelo qual deve ser objeto de preocupação das democracias, para além de considerações circunscritas ao campo jurídico e criminológico[43]. Em países com desigualdades raciais enormes, tais como o Brasil, o encarceramento massivo age como um instrumento racializado de segregação e manutenção de desigualdades[44].

37 DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 7.

38 Idem, p. 12.

39 GARLAND, David (ed.). Mass imprisonment: social causes and consequences. *In.:* GARLAND, David. **The meaning of mass imprisonment.** Londres: Sage, 2001. p. 1.

40 Idem, p. 2.

41 NASH, Silvio Cuneo. **El encarcelamiento massivo**. Buenos Aires: Didot, 2017. p. 128.

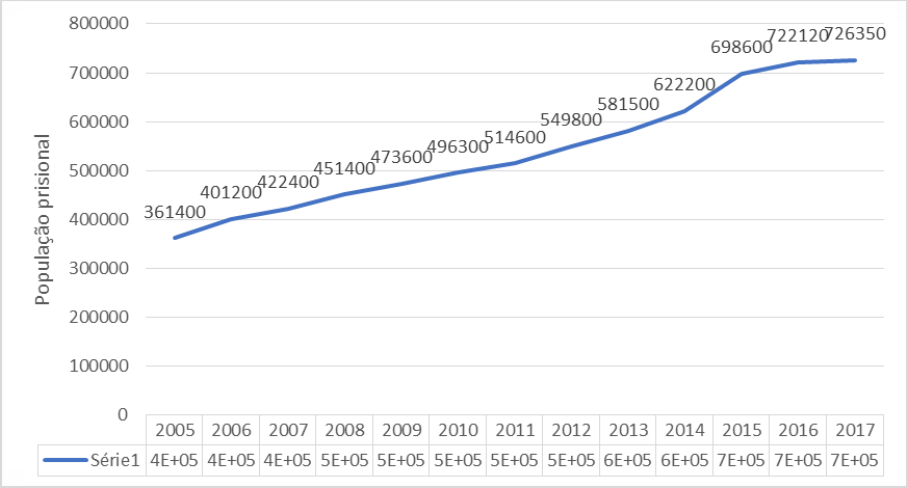
42 Idem, p. 129.

43 BROWN, David. Encarceramento em massa. *In.:* CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres. **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal ciências criminais, 2017. p. 513.

44 BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

É interessante registrar que Alagoas é um dos Estados com menor população prisional absoluta, ocupando, no ano de 2017, o 21º lugar, no conjunto de 27 Estados federativos[45], e o 18º lugar dentre os Estados brasileiros mais populosos. No mesmo ano de 2017, ocupava o mesmo 21º posto dentre os Estados com maiores taxas de aprisionamento[46]. Entretanto, Alagoas apresenta uma dinâmica de crescimento acelerado de sua população prisional, bem como de sua taxa de aprisionamento, dialogando com a tendência brasileira sedimentada nesses últimos anos. Para visualizar melhor esse panorama, veja os gráficos 1 e 2, contendo, respectivamente, a evolução das populações prisionais brasileira, entre os anos de 2005 e 2017, e alagoana, no período de 2005 a 2021:

Gráfico 1 - Evolução da população prisional brasileira (2005-2017) em números absolutos

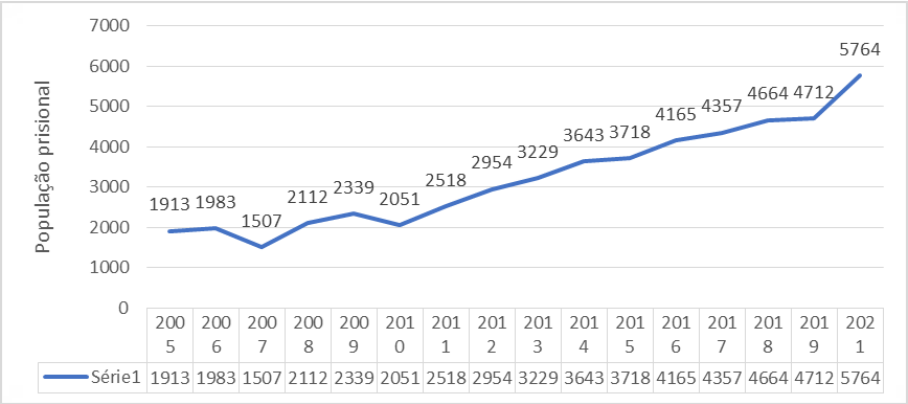


Fonte: Elaboração própria a partir do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – junho de 2017 (Depen, 2017).

45 DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017. P. 10.

46 Idem, p. 13.

Gráfico 2 - Evolução da população prisional de Alagoas (2005-2021) em números absolutos



Fonte: Elaboração própria a partir dos relatórios da Secretaria de Ressocialização e Inclusão Social (Seris).

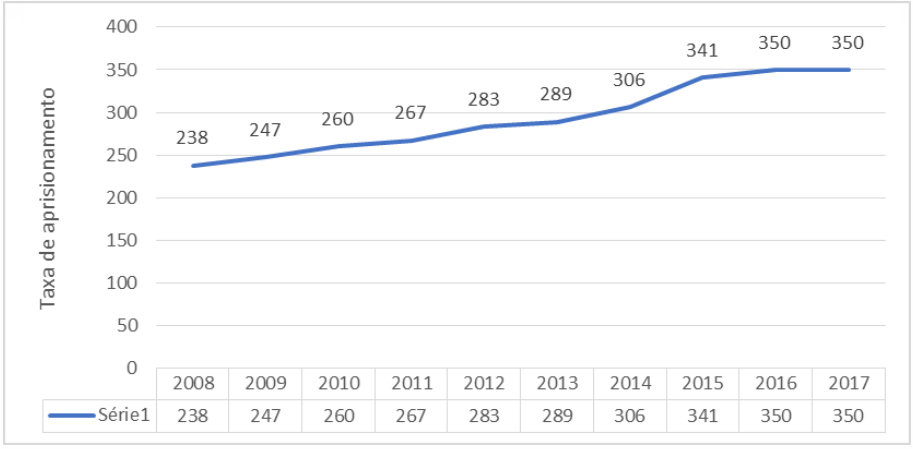
Apesar de serem necessários mais dados para afirmar de modo peremptório, é possível observar que existe um atraso no início da aceleração do encarceramento em Alagoas, que ocorreu posteriormente ao começo dessa tendência no cenário nacional – a partir de 2010, houve uma continuidade ascendente do encarceramento.

Quanto ao número de encarcerados efetivos em Alagoas, há uma importante observação. O Gráfico 2 considerou apenas o número efetivo de pessoas privadas de liberdade. Isso porque o sistema penitenciário alagoano, há muitos anos, não oferece vagas suficientes para cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto – a rigor, quase não há vagas ofertadas nesses regimes. Assim, muitos condenados costumam ser colocados em prisão domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico, ou com a imposição de outra medida cautelar de controle. Por isso, somente os reclusos em cumprimento de regime fechado, medida de segurança de internamento, presos provisórios e, eventualmente, aqueles detidos em órgãos da segurança pública, foram computados para a construção do gráfico [9]. Logo, se o Governo do Estado cumprisse a legislação penitenciária e ofertasse

vagas suficientes, principalmente no regime semiaberto, o número de reclusos seria sensivelmente mais elevado.

Também interessa comparar a série histórica da taxa de aprisionamento alagoana com a brasileira, a fim de verificar se há semelhanças na tendência local com relação à dinâmica nacional. Seguem, para essa finalidade, os gráficos 3 e 4, correspondentes, respectivamente, à evolução da taxa de aprisionamento brasileira, entre os anos de 2008 e 2017, e alagoana, entre 2008 e 2019. As taxas alagoanas foram extraídas dos relatórios oficiais[47], que consideraram em seu cálculo as populações de condenados em regime semiaberto – as quais, como explicado acima, muitas vezes, cumprem sua pena sem a privação efetiva de liberdade, devido a inexistência de vagas suficientes em Alagoas.

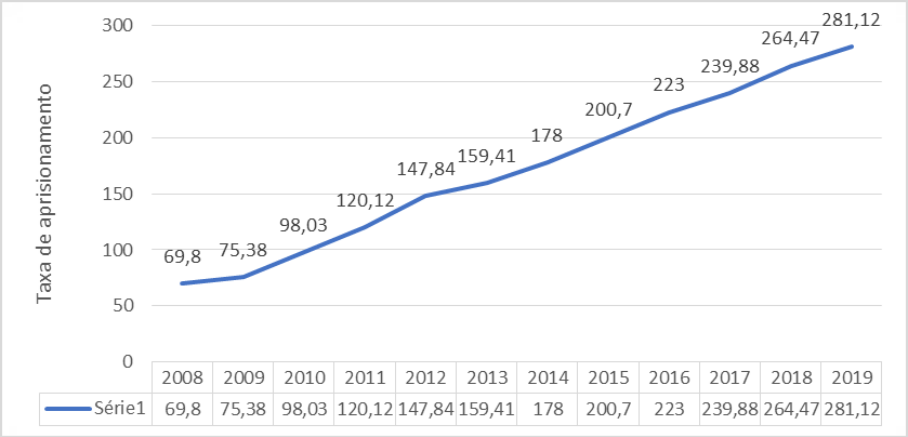
Gráfico 3 - Evolução da taxa de aprisionamento brasileira (2008-2017)



Fonte: Elaboração própria a partir do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – junho de 2017 (Depen, 2017).

47 SERIS. **Relatórios de indicadores do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias** – Infopen (anos 2005 – 2021). Maceió: Secretaria de Ressocialização e Inserção Social.

Gráfico 4 - Evolução da taxa de aprisionamento alagoana (2008-2019)



Fonte: Elaboração própria a partir dos relatórios da Secretaria de Ressocialização e Inclusão Social (Seris).

Percebe-se pela análise dos gráficos que o crescimento da taxa de aprisionamento alagoana se deu de modo mais acelerado que a nacional. Por outro lado, no período considerado, a média alagoana foi sempre inferior que a brasileira.

Como pano de fundo desse fenômeno de expansão carcerária, podem ser citadas algumas reformas legislativas que intensificaram as reações punitivas a certos delitos, como por exemplo a Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), cujo impacto foi visível em todo o Brasil. Cumpre lembrar que as políticas criminais costumam ser bastante ambíguas, não sendo raro o surgimento de algumas legislações menos rigorosas, ou mesmo que apostem em medidas alternativas à prisão – ainda que essas leis terminem sendo de pouca eficácia na redução da prisão, em razão da cultura punitivista do sistema de justiça e da consequente resistência de seus atores à utilização de medidas que promovam o desencarceramento[48]. No mais das vezes, contudo, as

48 CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

políticas criminais são criadas pelo Parlamento sem a consideração sobre seus efeitos no crescimento da população carcerária[49].

Contudo, o entendimento do fenômeno da massificação do encarceramento não pode prescindir da percepção de transformações ocorridas nas instituições atreladas à persecução penal[50], por vezes, impulsionadas pelo aporte de altíssimos investimentos em sua estrutura. Esses órgãos passaram a adotar estratégias eficientistas, elegendo o atingimento de metas prisionais como um parâmetro importante para a aferição da execução de seu papel social. Esse é um efeito perverso – e por vezes oculto – do encarceramento em massa: o de sedimentar uma cultura prisional nas instituições e na própria sociedade, fazendo crer que não é possível resolver problemas graves sem a utilização do cárcere – ainda que seja de amplo conhecimento que suas finalidades legais estão muito longe de serem atingidas. Criou-se uma situação de imobilismo, em que se tem dificuldades imensas para construir um futuro diverso da realidade atual de cárcere exageradamente ampliado[51]. Por isso a discussão sobre o tema não pode ser tida como uma questão meramente gerencial, devendo ser politizada e entendida como associada à efetivação da democracia[52].

O sistema carcerário alagoano é extremamente concentrado, pois apenas um, dos atuais 11 estabelecimentos penais em funcionamento, encontra-se em local diverso do complexo penitenciário de Maceió, localizado no bairro Tabuleiro dos Martins. A exceção referida é o Presídio do Agreste, situado em Girau do Ponciano, município do

49 FERREIRA, Carolina. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D'placido, 2017.

50 FONSECA, David. Mais além de um giro punitive: expansão, padronização e densificação no sistema penal brasileiro (1980-2014). *In.:* FONSECA, David; CANÊDO, Carlos (orgs.). **Estado e punitividade**: problemas de governança penal democrática. Brasília: Editora UNB, 2021. P. 453.

51 SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno da prisão. **Revista brasileira de ciências criminais, n. 131**, Revista dos Tribunais, 2017.

52 DE GIORGI, Alessandro. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa**. Porto Alegre: Canal ciências criminais, 2017. p. 10-12.

agreste alagoano localizado a aproximadamente 150 Km de distância da capital Maceió. A criação dessa unidade também foi a primeira experiência de privatização da gestão prisional em Alagoas, visto que essa atividade gerencial foi entregue à empresa Reviver Administração Prisional LTDA., em regime de cogestão com a Secretaria de Ressocialização e Inclusão Social (Seris), desde sua inauguração no ano de 2013.

O encarceramento em massa não pode ser confundido com a superpopulação prisional, apesar de em muitos casos ocorrerem ambas as situações[53]. A superpopulação diz respeito à quantidade maior de reclusos que a capacidade da unidade prisional. Por óbvio que essa situação impacta bastante na qualidade da execução penal, sendo um dos principais fatores ensejadores do *status* – reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação por Descumprimento Fundamental nº 347 – de *estado de coisas* inconstitucional, correspondente às violações sistemáticas de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Um dos efeitos nefastos do encarceramento massivo é a intensificação da produção de mortes de reclusos. Entre os anos de 2006 e 2017, registraram-se 185 mortes de pessoas privadas de liberdade no Estado de Alagoas, sendo 101 mortes *violentas* e 84 *naturais*[54]. A própria classificação que considera as mortes decorrentes de adoecimento ou piora das condições de saúde de reclusos como *naturais* deve ser problematizada, uma vez que normaliza as condições carcerárias precárias que propiciam os altos números de falecimentos de detentos. No mais, também pode ser apontado o crescimento de mortes violentas de presos no Brasil nos últimos anos. Tudo isso

53 NASH, Silvio Cuneo. **El encarcelamiento massivo**. Buenos Aires: Didot, 2017. p. 126.

54 MOURA, Roberto Barbosa de. **Necropolítica e mortes no sistema carcerário**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em direito) – Universidade Tiradentes, Maceió, 2019. p. 66.

contribui para que a taxa média de mortalidade no cárcere seja muito mais elevada que a da população brasileira[55].

Em Alagoas, é possível afirmar que atualmente poucas unidades prisionais não apresentam superpopulação de reeducandos – como por exemplo o Centro Psiquiátrico Judiciário, unidade mista para cumprimento de medidas de segurança, e o Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia, a única unidade penitenciária feminina em Alagoas. Não obstante, houve nos últimos anos uma ampliação da oferta de vagas em Alagoas – que, no ano de 2005, ofertava um total de 1.567 vagas no sistema prisional, e no ano de 2021, o número de 5.079 vagas (Seris) – o que significa uma ampliação de 324% na capacidade de vagas, em pouco mais de 15 anos. Esse aumento de vagas, contudo, não tem sido suficiente para a acomodação dos presos no limite das ocupações disponíveis. Com efeito, mais vagas são ofertadas, mas elas não são suficientes para a demanda já existente e constantemente incrementada pelo fluxo de entrada elevado, mantendo-se constante a superlotação dos estabelecimentos penitenciários. Tanto assim, que a taxa de ocupação de Alagoas, que corresponde à razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade de vagas existentes no sistema alagoano, era de 218, no ano de 2017, a 4ª maior do país[56].

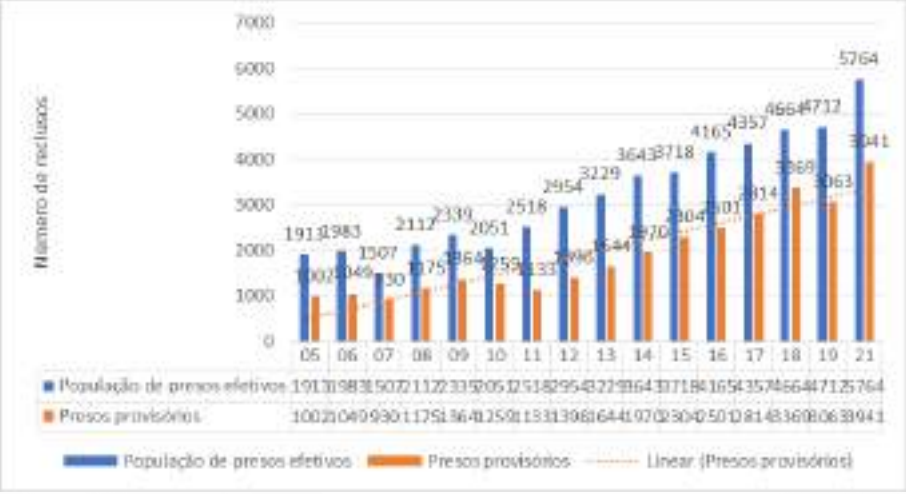
Também é possível notar a opção por um modelo de privação completa da liberdade sem o gradativo retorno ao convívio social, com o afastamento do que foi estabelecido pelo sistema progressivo de penas adotado no Brasil. Afirma-se isso devido ao fato de que quase a totalidade de vagas oferecidas no sistema penitenciário alagoano diz respeito a prisões em regime fechado e prisões provisórias, como já apontado anteriormente.

55 CHIES, Luiz Antônio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil: prisões que matam, mortes que pouco importam. **Revista de ciências sociales, v. 32, n. 45**, julio-diciembre, 2019.

56 DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 27.

Um aspecto que contribui enormemente para o crescimento do encarceramento alagoano é a persistente utilização exagerada das prisões processuais. Contrariando o que estabelece a legislação processual e a própria Constituição Federal, que ressalva a excepcionalidade da imposição de prisões antes da condenação transitada em julgado, verifica-se em Alagoas um percentual bastante elevado da população prisional encarcerado sem o título condenatório. No gráfico 5 e na tabela 1, é possível observar a quantidade de presos provisórios em função do total de pessoas privadas de liberdade, no período de 2005 a 2019. Também se pode visualizar a tendência de crescimento dessa população, apesar da existência de ligeiras diminuições dos números em alguns dos anos do período analisado. Uma vez mais, apenas se consideraram as pessoas efetivamente privadas de liberdade, não sendo computadas as condenadas que vêm cumprindo sua pena em liberdade, com a imposição de monitoramento eletrônico ou outra medida cautelar diversa da prisão.

Gráfico 5 - Quantitativo de presos provisórios e de pessoas privadas de liberdade



Fonte: Elaboração própria a partir dos relatórios da Secretaria de Ressocialização e Inclusão Social (Seris).

Na tabela abaixo, estão dispostos os percentuais de pessoas em prisão preventiva em função da população efetivamente privada de liberdade, correspondente aos anos de 2005 a 2021:

Tabela 1 -

Ano	Percentual
2005	52,37
2006	52,89
2007	61,71
2008	55,63
2009	58,31
2010	61,38
2011	44,99
2012	47,25
2013	50,91
2014	54,07
2015	61,96
2016	60,04
2017	64,58
2018	72,23
2019	65,00
2021	68,37

Fonte: Elaboração própria a partir dos relatórios da Secretaria de Ressocialização e Inclusão Social (Seris).

Esses dados evidenciam que os fatores institucionais que favorecem o encarceramento em massa não se restringem à atuação das forças policiais de segurança pública, embora essas tenham papel fundamental nesse fenômeno. É preciso reconhecer que

também o Poder Judiciário tem parcela significativa de contribuição para o aumento da população carcerária em Alagoas, haja vista a crescente quantidade de prisões preventivas decretadas. Os números demonstram que a situação é tão grave, que é possível questionar se ainda haveria encarceramento massivo em Alagoas, caso as prisões preventivas fossem substituídas por medidas não encarcerantes. A resposta, certamente, é negativa. Isso leva à reafirmação da força de fatores culturais presentes na sociedade alagoana, que ecoam na atuação do próprio Estado, por meio de suas instituições, num contexto amplo de exclusões sociais que favorecem a marginalização, a criminalização e a vitimização que alimentam a cultura punitiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os apontamentos aqui apresentados abordaram o panorama do encarceramento em massa no estado de Alagoas, com esteio no pensamento criminológico contemporâneo, considerando influências teóricas que transitam entre as contribuições do Norte e Sul global, com o intuito de situar geopoliticamente a condição do Brasil no contexto latino-americano.

Nesse sentido, a relevância do fenômeno do encarceramento massivo foi ressaltada a partir de questões políticas, sociais, raciais e culturais, com seus impactos nas práticas punitivas, o que exige bases epistemológicas plurais e interseccionais para a análise dos dados referentes ao aumento da população carcerária no Brasil e em Alagoas.

A dimensão local do encarceramento em massa exigiu um retorno às origens das estruturas sócio-históricas do estado de Alagoas, com o propósito de subsidiar considerações sobre os processos de criminalização e vitimização que estão ao redor da cultura de violência e das práticas punitivas. Somente à luz desses fatores é possível problematizar o encarceramento em massa, o que foi feito com base em dados do Departamento Penitenciário Nacional, os quais revelam que a taxa de aprisionamento em Alagoas cresceu

mais rapidamente que a nacional, embora a média alagoana tenha sido inferior à brasileira.

A interpretação dos dados sobre o aprisionamento em Alagoas, com amparo em perspectivas criminológicas que se debruçam sobre o encarceramento massivo, traz à tona a força da cultura punitiva no estado, tendente a sedimentar uma cultura prisional nas instituições e na própria sociedade. O cárcere e o sistema penal como um todo, são utilizados, então, para resolver problemas sociais ou, em outras palavras, gerir a miséria, já que a maior parte da população carcerária alagoana é composta por pessoas economicamente e socialmente periféricas.

Observar o fenômeno do encarceramento massivo em Alagoas, portanto, implica compreender uma realidade que se sustenta nas bases sócio-históricas e culturais desse pequeno estado da Federação, relacionando-a com o contexto brasileiro e mundial contemporâneo de aumento expressivo do encarceramento de homens e mulheres. Situar o problema na sua dimensão macroestrutural não é óbice para pensá-lo em suas dimensões locais. Ao contrário, proporciona perspectivas amplas e plurais sobre um fenômeno em movimento, que seguirá, por muito tempo, desafiando as criminologias e pensar mecanismos de enfrentamento e superação.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação**: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALMEIDA, Silvio Luiz de **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRANDARIZ GARCÍA, José. Más allá del giro punitivo? el descenso de la población penitenciaria en el Norte global. *In.:* PITLEVNIK, Leonardo (org.). **Superpoblación carcelária**: dilemas y alternativas. Buenos Aires: Didot, 2019. p. 47-65.

BROWN, David. Encarceramento em massa. *In.:* CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres. **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal ciências criminais, 2017. p. 493-512.

CARRINGTON, Kerry *et al.* **Southern criminology**. Londres: Routledge, 2019.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da violência 2016**. São Paulo: Instituto de pesquisa econômica aplicada, 2016.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da violência 2021**. São Paulo: Fórum brasileiro de segurança pública, 2021.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil: prisões que matam, mortes que pouco importam. **Revista de ciências sociales, v. 32, n. 45**, julio-diciembre, 2019.

CRENSHAW, Kimberle. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2002000100011&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 04 Mar. 2020.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. **Revista brasileira de ciências criminais,** n. 151, Revista dos Tribunais, 2019.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. Reconsiderando a tese da penalidade neoliberal: inclusão social e encarceramento em massa no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 44, n. 1, 2020.

DE GIORGI, Alessandro. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa**. Porto Alegre: Canal ciências criminais, 2017.

DE GIORGI, Alessandro. **Re-Thinking the political economy of punishment**: perspectives on post-fordism and penal politics. Londres: Routledge, 2016.

DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

FERREIRA, Carolina. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D'placido, 2017.

FONSECA, David. Mais além de um giro punitive: expansão, padronização e densificação no sistema penal brasileiro (1980-2014). *In.:* FONSECA, David; CANÊDO, Carlos (orgs.). **Estado e punitividade**: problemas de governança penal democrática. Brasília: Editora UNB, 2021.

FONSECA, David. Reimagining the sociology of punishment through the global-south: postcolonial social control and modernization discontents. **Punishment & society,** v. 20, n. 1, Sage, 2017.

GARLAND, David (ed.). Mass imprisonment: social causes and consequences. *In.:* GARLAND, David. **The meaning of mass imprisonment**. Londres: Sage, 2001. p. 01-03.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOTTSCHALK, Marie. The carceral stare and the politics of punishment. *In.*: SIMON, Jonathan; SPARKS, Richard (org.). **The sage handbook of punishment and society**. Los Angeles: Sage, 2013. p. 475-497.

LIMA, Anne Caroline Fidelis de. **Estudo configuracional dos assassinatos cometidos contra mulheres na cidade de Maceió**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018.

MACHADO, Érica Babini do Amaral (ed.). Encarceramento em massa (dossiê especial). **Revista brasileira de ciências criminais, n. 129**, Revista dos Tribunais, 2017.

MAJELLA, Geraldo. **Execuções sumárias e grupos de extermínio em Alagoas**. Maceió: Edufal, 2006.

MALAQUIAS, Carlos Adolfo Carvalhal. **Da relação entre tráfico de drogas e homicídios em Maceió**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2021.

MOURA, Roberto Barbosa de. **Necropolítica e mortes no sistema carcerário**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Tiradentes, Maceió, 2019.

NASH, Silvio Cuneo. **El encarcelamiento massivo**. Buenos Aires: Didot, 2017.

NUNES, Plácido Adriano de Moraes. **Como se computa a violência homofóbica no Brasil?** Dados, reconhecimento e visibilidade do movimento LGBT em Maceió (AL). Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018.

OLIVEIRA, Emerson. Acumulação social da violência e sujeição criminal em Alagoas. **Revista Sociedade e Estado,** v. 32, n. 2, Brasília, 2017.

PAVARINI, Massimo. Uno sguardo ai processi di carcerizzacione nel mondo: dalla *ronda dei carcerati* al *giromondo penitenziario*. **Rassegna penitenziaria e criminologica**, Roma, n. 1-2, 2002.

PIMENTEL, Elaine. O grande encarceramento por uma perspectiva de gênero. *In.*: ALMEIDA, Luiz Sávio de; COUTINHO, Sérgio; FRANÇA JÚNIOR (org.). **Direito, sociedade e violência**: reflexão sobre Alagoas. Maceió: EDUfal, 2015. p. 00-00.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno da prisão. **Revista brasileira de ciências criminais,** n. 131, Revista dos Tribunais, 2017.

SERIS. **Relatórios de indicadores do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias** – INFOPEN (anos 2005 – 2021). Maceió: Secretaria de Ressocialização e Inserção Social.

SILVA, Anna Virgínia Cardoso da. **A impunidade como alvo**: o Brasil Mais Seguro e a tentativa de (re)organização do sistema de justiça criminal em Maceió. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Programa

de Pós-Graduação em Sociologia. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2017.

SILVA, Fillipi Lúcio Nascimento da. **Dinâmicas intraurbanas e mobilidade criminal**: uma análise "ecológica" da criminalidade em Maceió (AL). Maceió: Edufal, 2021.

SOUZA, Pedro Ivo Moraes de. Prisões provisórias e a manutenção do sistema punitivista: um panorama acerca do perfil dos presos sem condenação no Estado de Alagoas. *In*.: NASCIMENTO, Emerson Oliveira do (org.). **Crime, controle e punição**: estudos sobre segurança pública em Alagoas. Maceió: Edufal, 2019.

SOZZO, Máximo (org.). **Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017a.

SOZZO, Máximo. Más allá de la *tesis de la penalidad neoliberal*? Giro punitivo y cambio político en América del Sur. MACHADO, Érica Babini do Amaral (ed.). Encarceramento em massa (dossiê especial). **Revista brasileira de ciências criminais,** n. 129, Revista dos Tribunais, 2017b.

VASCONCELOS, Ruth. **O poder e a cultura de violência em Alagoas**. Maceió: Edufal, 2014.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

10. UNIVERSALISMO *VERSUS* RELATIVISMO CULTURAL: A AFIRMAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL[1]

Frederico Wildson da Silva Dantas[2]

> Efetivamente, não se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado da ótica da humanidade. E ao jurista encontra-se reservado um papel de crucial importância na construção deste novo "jus gentium" do século XXI, o direito universal da humanidade. (Antônio Augusto Cançado Trindade, "Memorial por um novo Jus Gentium, o Direito Internacional da Humanidade". A Humanização do Direito Internacional)

INTRODUÇÃO: PROPOSTA DE ESTUDO, OBJETIVOS E METODOLOGIA

O objeto desta análise é o problema do universalismo dos direitos humanos no âmbito do Direito Internacional, em contraste com o relativismo cultural. A pesquisa foi inspirada pelas lições de A. A. Cançado Trindade na obra *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Além disso, merecem menção especial, dentre outras fontes bibliográficas, o trabalho de André de Carvalho Ramos *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional* e a tese de Flávia Piovesan *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*.

1 Monografia apresentada como requisito para conclusão da disciplina Tratados Internacionais e Constitucionalização, do curso de doutorado da UFPE, ministrada pela professora dra. Margarida Cantarelli. O texto foi originalmente publicado na **Revista da Esmafe - Escola de Magistratura Federal** da 5ª Região, Recife: TRF 5ª Região, nº 14. Março/2007, p. 113-144.

2 Professor adjunto da Universidade Federal de Alagoas. Docente nos cursos de graduação e de mestrado em Direito do PPGD/Ufal. Desembargador Federal do Tribunal Regional da 5ª Região.

Tomando como ponto de partida a fundamentação ético-política dos direitos do homem, e sua afirmação histórica nas primeiras declarações de direitos, projetou-se uma pesquisa que analisasse o universalismo no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Durante a elaboração da pesquisa, chamou atenção a corrente relativista que tece várias críticas ao caráter universal dos direitos humanos. Reconhecida a importância da discussão, optou-se por dedicar um item específico para a sistematização dos obstáculos que se põem à tese do universalismo.

A problemática central está na compreensão dos fundamentos da universalidade dos direitos humanos. São objetivos: delinear a concepção universal dos direitos humanos e suas características, acompanhar o processo histórico que culminou na sua consolidação no plano do Direito Internacional, e analisar a dialética entre a corrente do relativismo jurídico e a defesa do universalismo dos direitos humanos na atualidade.

O estudo das várias formulações teóricas a respeito do universalismo dos direitos humanos adotou critério histórico, seguindo das primeiras concepções acerca do tema até os trabalhos mais modernos com as implicações que eles suscitam na atualidade.

O primeiro item trata da elaboração do conceito universal dos direitos humanos no plano teórico e no processo histórico de sua afirmação, por intermédio das primeiras declarações de direitos. Em seguida, analisa-se a consolidação do universalismo dos direitos humanos no plano internacional, inicialmente a partir da Declaração dos Direitos do Homem (1948), passando pela Conferência de Teerã (1968) e, por fim, com a Conferência de Viena (1993).

A segunda parte do trabalho suscita os problemas e obstáculos que são colocados em sentido contrário à universalidade dos direitos humanos, buscando-se fazer um inventário dessas críticas principalmente através das obras de Cançado Trindade e de André Ramos. Conclui-se com o exame dos argumentos lançados em defesa do universalismo.

Todas as citações em língua estrangeira foram livremente traduzidas para o português, com o objetivo de tornar a leitura mais fluída e agradável, mas sem perder o sentido original do texto.

O UNIVERSALISMO NA FUNDAMENTAÇÃO ÉTICO-POLÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E EM SUA AFIRMAÇÃO HISTÓRICA

O caráter universal dos direitos humanos é elemento constante de sua fundamentação ético-política e se encontra bem delineado no processo de sua afirmação histórica, nomeadamente nas primeiras declarações de direitos, importantes documentos que marcaram a formação do pensamento constitucional. Sem embargo, o problema do reconhecimento dos direitos humanos surgiu no início da era moderna, com a divulgação das doutrinas jusnaturalistas e a evolução das Declarações dos Direitos do Homem que acompanharam o constitucionalismo clássico ou liberal[3].

A origem do termo "direitos fundamentais" vem de *droits fondamentaux* que remonta ao movimento político e cultural que resultou na Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A expressão, posteriormente, alcançou relevo na doutrina para designar o estatuto de defesa dos indivíduos contra o Estado que está no fundamento da ordem jurídica[4].

Sabe-se que a doutrina dos direitos humanos nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual procura justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado. O pensamento das escolas jusnaturalistas ou jusracionalistas admite a existência de normas de validade universal que antecedem e condicionam a institucionalização do poder político, na qual direitos e deveres inerentes ao ser humano podem ser reconhecidos por

3 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 49.

4 SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e Direito Comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 28.

intermédio de um processo racional de dedução de leis naturais ou práticas[5].

A corrente do jusnaturalismo tomista ou religiosa encontra um de seus principais ícones em São Tomás de Aquino, para quem a *lex humana* deve obedecer a *lex naturalis*, que é fruto da razão divina, mas pode ser percebida pelos homens. Já o jusnaturalismo de cunho racionalista tem como um de seus fundadores Hugo Grotius, o qual defendia a existência de um conjunto de normas ideais deduzidas da natureza a partir da razão humana. Além de ser um dos fundadores do Direito Internacional Grotius, já no século XVI, defendia a existência de uma lei natural, imutável e eterna, revelada pela razão do homem e superior à lei positiva.

A relação entre o universalismo dos direitos humanos e sua fundamentação ético-política se evidencia na forte influência do Racionalismo e do Iluminismo no processo histórico de formação da doutrina dos direitos do homem; o Racionalismo de Descartes e de Galileu serviu de inspiração para o Iluminismo, cuja tendência universalizante se apresenta como nota característica[6]. A tendência universalizante pode ser identificada também no pensamento racionalista do Direito Natural (jusracionalismo) que admite a existência de normas jurídicas de validade universal, cujo conhecimento obtém-se através da razão.

A ideologia do Iluminismo traz subjacente a ideia de que seria possível realizar um Direito unitário a ser presidido pela razão, uma espécie de ciência do legislador que seria apta a estabelecer as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta humana. A propósito disso, é muito significativa disposição constante do artigo I do projeto preliminar para o Código Civil francês, o qual foi posteriormente suprimido na redação definitiva, estatuindo que "existe

5 MÖLLER, Josué Emilio. **A fundamentação ético-política dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 109.

6 SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41.

um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas, não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens".

É bem verdade que hoje em dia a fundamentação jusnaturalista de cunho racionalista que inspirou a elaboração da doutrina dos direitos humanos não é mais aceita de forma unívoca como meio de legitimar esses direitos. Com o advento do positivismo jurídico, passou-se a identificar o fundamento dos direitos humanos na lei positiva, não mais em princípios de Direito Natural, ao passo que para alguns autores sequer seria possível identificar uma fundamentação absoluta para os direitos humanos. A discussão acerca da fundamentação dos direitos humanos repercute em seu âmbito de eficácia, na medida em que pode implicar a negação do universalismo que lhe é característico.

Entre aqueles que negam a existência de um fundamento absoluto para os direitos humanos está Norberto Bobbio, o qual pondera que o problema fundamental em relação aos direitos do homem não seria tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, mesmo porque a fundamentação dos direitos humanos seria impossível. Bobbio argumenta que há divergências na definição do que seria o conjunto de direitos humanos; que esses direitos constituem uma classe variável, sendo impossível fundamentá-los de modo unívoco, pois cada contexto histórico possui sua própria fundamentação; e, por fim, que os direitos humanos são uma categoria heterogênea, contendo pretensões muitas vezes conflitantes, de maneira que a busca de um fundamento absoluto para os direitos do homem pode representar um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles já estabelecidos[7].

De outro lado, o positivismo jurídico sustenta a tese de que não existe um outro Direito senão o Direito positivo estatuído pelo Estado através da lei, no seu sentido formal, contestando a ideia de um Direito natural de caráter universal. O fundamento dos direitos humanos, portanto, estaria em seu reconhecimento formal pelo Direito positivo, cujo pressuposto de validade vem de sua conformidade com as regras

7 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15-24.

estabelecidas na Constituição. A vinculação do fundamento dos direitos humanos à ordem política estatal conduz à impossibilidade de se lhes atribuir caráter universal, na medida em que não se trataria de direitos inerentes ao ser humano, mas sim de prerrogativas atribuídas pela ordem jurídica a indivíduos de determinada nacionalidade[8].

Uma das características mais importantes na doutrina positivista é o chamado formalismo jurídico, que importa numa separação conceitual entre o Direito e a Moral. O princípio é o de que a "lei é a lei", significando que toda lei é válida apenas por ser lei e, consequentemente, deve ser obedecida; quer-se com isso dizer que a validade da lei prescinde de qualquer fundamento exterior ao próprio sistema jurídico, fazendo-se uma identificação entre o legal e o jurídico. Essa qualidade do positivismo jurídico é muito bem analisada por Francisco Laporta, segundo o qual, para o positivismo, a existência de um sistema jurídico se produz por alguma prática social que define os critérios de juridicidade, de modo que as conexões entre a ordem jurídica e a ordem moral, embora sejam históricas e empíricas, não são necessárias do ponto de vista lógico[9].

Atualmente tem-se observado uma tendência de superação dessa concepção formalista do Direito, principalmente em face da positivação de princípios e do fortalecimento do constitucionalismo. O argumento fundamental dessa concepção é de que os princípios constitucionais são dotados de normatividade, o que leva à incorporação de valores à ordem jurídica, com dimensão superior de norma constitucional. Essa mudança se pode imputar em grande monta às ideias de Ronald Dworkin, para quem não existe uma separação rígida entre o Direito e a Moral. Essa mudança de concepção dirige-se à superação da dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo, com o reconhecimento de que o Direito inclui tanto princípios quanto regras, dando origem a uma compreensão do Direito por princípios.

8 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 58-59.

9 LAPORTA, Francisco. **Entre el derecho y la moral**. México: Fontamara, 1995. p. 30.

O sentido dessa mudança pode ser resultado de uma busca de legitimidade. Nesse quadrar, Francisco Laporta afirma que, ao longo de um processo histórico, o sistema jurídico vem numa crescente incorporação de princípios morais para justificar seu conteúdo, aplicando-se um esquema de controle das normas jurídicas mediante critérios éticos, um controle que se estende por todo o ordenamento, numa tarefa complexa e diversificada que se denomina de moralização do Direito[10].

Ronald Dworkin defende o conceito de direitos morais, os quais seriam originados diretamente de valores contidos em princípios, independentemente da existência de prévias regras postas. Assim, os direitos do homem não fundamentam sua validade em leis positivas, mas em valores éticos incorporados à própria civilização humana. A fundamentação dos direitos humanos como direitos morais corresponde à tentativa de conciliar o fundamento ético dos direitos humanos e sua concepção como direitos positivados, no sentido de que "há uma fundamentação ética dos direitos humanos, que consiste no reconhecimento de condições imprescindíveis para uma vida digna que se entroniza como princípio vetor do ordenamento jurídico" [11].

Essa tendência de reaproximação entre o Direito e a Moral se revela principalmente na doutrina que prega a internacionalização dos direitos humanos, movimento que surgiu após a Segunda Guerra, nomeadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, como reação aos abusos cometidos pela Alemanha nazista antes e durante a Guerra Mundial. A traumática experiência histórica do exemplo nazista demonstrou, para além de qualquer discussão, o quanto é insuficiente a fundamentação dos direitos humanos com base tão somente no Direito positivo, sobrelevando a importância de encontrar fundamentos para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Leia-se, a propósito disso, a opinião de Fábio Konder Comparato:

10 Idem, p. 64.

11 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 46.

> [...] é irrecusável encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais[12].

A busca de uma fundamentação ético-política dos direitos humanos para além da lei positiva contribui para renovar sua característica universalizante. A ideia é a de possibilitar a justificação de direitos humanos dotados de validade universal "fundada em uma base intersubjetiva e intercultural organizada sob a forma de sociedade mundial"[13]. Releva notar que a busca de um paradigma de validade universal para os direitos humanos tem fortes repercussões no campo do constitucionalismo, designadamente nos tradicionais conceitos de cidadania e soberania.

Nesse toar, Valério Mazzuoli defende que a prevalência dos direitos humanos e do valor democrático constitui a tônica do novo paradigma global, enfatizando-se os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos como uma dimensão da soberania universal, o que tem provocado alterações profundas nas ideias de soberania e cidadania vigentes no mundo ocidental desde a Revolução Francesa[14].

A filosofia jusnaturalista que deu origem à doutrina dos direitos do homem tem presença marcante nas Declarações de Direitos das revoluções liberais, as quais representam a conclusão da primeira fase da história dos direitos humanos e o primeiro passo rumo à sua

12 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59

13 MÖLLER, Josué Emilio. **A fundamentação ético-política dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 151.

14 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos:** dois fundamentos irreconciliáveis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, a. 13, n. 52, p. 327-337, jul./set. 2005. p. 332.

afirmação histórica. As declarações de direitos "emergiram da filosofia liberal e do movimento espiritual do século XVII, consistindo em princípios axiomáticos necessários à fundamentação de organização política justa e racional, sendo recepcionados e proclamados solenemente pelos constituintes dos primeiros textos constitucionais liberais"[15].

As declarações de direitos representam marcos do processo histórico de formação da teoria constitucional, originado com o movimento e a doutrina liberal. As declarações inglesas, dos séculos XVI e XVII, são antecedentes históricos da ideia de Constituição como instrumento de organização política do Estado. As ideias de um sistema de poderes divididos e em equilíbrio, em que se atribui a titularidade do poder constituinte e da soberania nacional ao povo, têm origem no chamado movimento constitucional, consolidado pelas revoluções americana e francesa, processo histórico analisado por Nelson Saldanha em sua obra *Formação da Teoria Constitucional*. Dentre os vários documentos de relevância no processo de formação do pensamento constitucional inglês, destacam-se a Magna Carta (1215) e o *Bill of Rights* (1689).

A Magna Carta foi uma declaração solene do rei da Inglaterra, conhecido como João Sem Terra, assinada em 51 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Existe um consenso de que esse documento constitui um pacto entre os barões feudais e o monarca pelo qual se reconheciam certos privilégios especiais àqueles. Sua importância decorre também do fato de que a Magna Carta deixa implícito, pela primeira vez na história, que o rei está vinculado pelas leis que edita. A cláusula 39 normalmente é apontada como a parte mais importante da Carta e serve de precursora do princípio do devido processo legal do constitucionalismo americano, incorporado pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Segundo dispõe: "Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de

15 SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e Direito Comunitário:** por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 32.

seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra".

Por sua vez, o *Bill of Rights* resultou um movimento revolucionário que resultou na abdicação do monarca Jaime II. O rei foi sucedido pelo Príncipe Guilherme de Orange e sua mulher, Maria de Stuart, a convite de um grupo de nobres de dois partidos políticos. A fim de serem consagrados monarcas, ambos aceitaram o *Bill of Rights*, uma Declaração de Direitos votada pelo Parlamento, que a partir de então tornou-se uma das leis fundamentais do reino. O documento tem a importância de consolidar a monarquia constitucional inglesa, porque institucionalizou a separação de poderes no Estado. Embora não seja uma declaração de direitos humanos, criou uma estrutura de organização do Estado que tem a finalidade de proteger os direitos fundamentais. O seu conteúdo essencial está na consolidação da monarquia constitucional e da separação de poderes, com o reconhecimento do Parlamento como um órgão encarregado de defender os súditos contra o soberano[16].

As declarações inglesas estão nas origens das declarações de direitos norte-americanas, que sofreram grande influência do *Bill of Rights* inglês e do pensamento filosófico de Locke, Montesquieu e Rousseau. Nos Estados Unidos da América, encontramos alguns dos documentos históricos mais importantes no processo de positivação dos direitos humanos como a Declaração de Independência (1776) e a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia. Os americanos foram além das declarações inglesas ao transformarem os direitos naturais em direitos positivos, isso porque, através das Emendas Constitucionais de 1791, os direitos humanos foram incorporados ao ordenamento jurídico constitucional, com prevalência sobre as leis. Daí se dizer que a concepção formal moderna de Constituição é uma criação do constitucionalismo norte-americano.

16 SÁNCHEZ, Yolanda Gómez (coord.). **Pasado, presente y futuro de los derechos humanos**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004. p. 175.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos diz respeito às antigas 13 colônias britânicas, reunidas em 1776 sob a forma de confederação e constituídas em Estado Federal em 1787. A importância da Declaração de Independência é por ter inaugurado a institucionalização dos princípios democráticos na história política moderna. Realmente, trata-se do primeiro documento político que reconhece a existência de direitos humanos inerentes a todos independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social[17].

A Declaração de Independência tem uma finalidade legitimadora que toma por base ideias e fundamentos jusnaturalistas, invocando as leis da natureza e Deus como princípios de direito natural. Essa assertiva pode ser verificada do que consta de seu preâmbulo: "Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade". Como se vê, essas notas de evidência e inalienabilidade são próprias de um Direito Natural jusracionalista, e estão relacionadas com a ideologia de um direito natural superior à lei positiva e que lhe serve de fundamento de validade.

Juntamente à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional Francesa em 1789, as declarações americanas representam a emancipação do indivíduo através da afirmação de sua autonomia, doutrina que vinha se afirmando na consciência europeia desde fins da Idade Média. Há, no entanto, traços característicos que distinguem as declarações americanas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. Os americanos estavam voltados para o estabelecimento de sua independência e à elaboração de seu regime político, ao passo que os revolucionários franceses acreditavam ter a função de anunciar uma nova era de liberdade a outros povos, daí o estilo abstrato e universalizante da Declaração dos Direitos do

17 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 103.

Homem e do Cidadão. A ideia é a de que os direitos humanos são universais, eternos e invariáveis. Fábio Konder Comparato menciona que, em razão desse espírito de universalismo militante, o espírito da Revolução Francesa foi difundido por todo o mundo, desencadeando a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais[18].

As primeiras declarações de direitos foram marcos importantes do processo de afirmação histórica dos direitos do homem e apresentam forte característica universalizante, especialmente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já que os revolucionários franceses assumiram a tarefa de divulgarem o ideário liberal com um fervor quase religioso. É importante notar que o pensamento jurídico contemporâneo acerca dos direitos humanos se aproxima e muito de suas origens nas declarações de direitos do constitucionalismo clássico. A busca por um Direito Natural fruto da razão humana tem a mesma base ideológica da concepção, hoje difundida mundialmente, de que esses direitos são provenientes de imperativos éticos superiores vinculados a uma consciência jurídica coletiva, retirando daí sua qualificação de princípios transcendentes de Direito supranacional, já que transcendem as fronteiras nacionais e assumem a característica da universalidade[19].

A esse respeito, Canotilho observa que o Poder Constituinte dos Estados e, consequentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de Direito Internacional; como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais, cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional, destacando-se ainda a tendencial elevação da dignidade da pessoa humana como pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos[20]. No mesmo sentido, Francisco Javier Quel

18 Idem, p. 130-132.

19 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 107.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 826.

López observa que os Estados possuem uma obrigação geral de proteção e respeito de determinados direitos fundamentais, especialmente a proteção contra a prática da escravidão e a discriminação racial, decorrente de normas imperativas do Direito Internacional geral contemporâneo: "[...] resulta claro que existem normas imperativas no setor da proteção dos direitos humanos cuja violação pode pôr em questão os princípios básicos de coexistência entre Estados"[21].

O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

O universalismo dos direitos humanos possui vários significados, implicando que seus titulares são todos os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem; que esses direitos são atemporais, porque os homens possuem direitos humanos em qualquer época e que os direitos humanos permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte o globo. O universalismo é uma tese que goza de acatamento generalizado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos que surgiu a partir do pós-guerra, nomeadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, como parte da reação aos crimes cometidos pelo nacional-socialismo antes e durante a Segunda Guerra Mundial[22]. Juntamente à regionalização e à globalização econômica, o "cosmopolitanismo ético", decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos, é um dos fatores que mais influenciam o realinhamento e a rearticulação do constitucionalismo contemporâneo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é o ponto de partida da moderna sistemática de proteção internacional dos direitos do homem, mas já encontra precedentes históricos no Direito

21 ROMANI, Carlos Fernández de Casadevante (coord.). **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Madrid: Dilex, 2003. p. 95.

22 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 97.

Humanitário, na Liga das Nações e na Organização Internacional do Trabalho. O Direito Humanitário constitui o conteúdo de direitos humanos no Direito da guerra, estabelecido com a finalidade de limitar a atuação do Estado na observância da proteção humanitária, designadamente para proteger os militares postos fora de combate e as populações civis. A Convenção da Liga das Nações de 1920 reforçou a concepção do Direito Humanitário e da proteção dos direitos do homem ao prever sanções de caráter econômico e até mesmo militar a serem impostas pela comunidade internacional nas hipóteses de comprovada violação desses direitos, abrindo a discussão pertinente à necessidade de relativizar a soberania estatal. Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho contribuiu para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em sua atuação dirigida ao estabelecimento de padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar[23].

A despeito da importância desses antecedentes, o fato é que somente após a Segunda Guerra Mundial se chegou a um amplo consenso no sentido de que a comunidade internacional deveria zelar pela proteção aos direitos do homem, de maneira que essa questão não mais poderia ser tida como uma competência exclusiva dos Estados, mas devia ser assumida por todas as nações. Segundo Karl-Peter Sommermann, embora essa afirmação possa parecer surpreendente em face das declarações de direitos do homem americana e francesa, até o início do século XX, a doutrina internacionalista "partia do pressuposto de que só podiam ser objeto do Direito Internacional os direitos e deveres dos Estados, e que, portanto, os indivíduos, que carecem de personalidade jurídica internacional, só podiam ser protegidos de maneira indireta ou reflexa por normas internacionais"[24]. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o primeiro texto jurídico internacional que estabelece um catálogo de direitos humanos destinado a valer universalmente.

23 cf. PIOVESAN, 2006, p. 109-111.

24 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 98.

A Declaração Universal, entretanto, tendo sido aprovada sob a forma de resolução pela Assembleia Geral das Nações Unidas, não apresenta a normatividade própria dos tratados ou acordos internacionais, logo, o propósito da declaração é apenas o de promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Sucede que muito embora não assuma a forma de tratado internacional a Declaração Universal de 1948 se consolidou na prática internacional como uma espécie de modelo com inegável valor jurídico como "interpretação legítima das normas da Carta (das Nações Unidas) relativas à obrigação jurídica dos Estados de promover a observância dos direitos humanos"; assim, a despeito do debate doutrinário acerca de sua força jurídica "a Declaração foi se integrando no Direito das Nações Unidas como parte da estrutura constitucional da comunidade internacional"[25]. A normatividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos ganha relevo em virtude de se tratar de um documento jurídico internacional extremamente relevante e que tem sido reconhecido como Direito Internacional costumeiro.

O universalismo dos direitos humanos proclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 foi objeto de debates na I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Teerã, de 22 de abril a 13 de maio de 1968, que avaliou as duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas. Segundo A. A. Cançado Trindade, a grande contribuição da Conferência de Teerã consistiu no tratamento e na reavaliação globais da matéria, sendo que "algumas resoluções adotadas referem-se à promoção da observância e gozo universais dos direitos humanos, tomam os direitos civis e políticos e econômicos e sociais e culturais em seu conjunto, e avançam assim um enfoque essencialmente globalista da matéria" [26].

25 SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. **Soberania de los Estados y direitos humanos em Derecho Internacional contemporâneo**. Madrid: Tecnos, 2004.p. 70.

26 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos:** Viena, 1993. 1993. Disponível em: http://ftp.unb.br/

A Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada na Conferência, é considerada um marco na evolução da sistemática de proteção internacional dos direitos humanos, por abrir caminho para a consolidação da tese da interrelação ou indivisibilidade dos direitos humanos, merecendo destaque o seu parágrafo 13: "Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível". Foi muito importante, nesse sentido, a atuação de ex-colônias emancipadas que suscitaram discussões relativas à problemática da miséria, das doenças endêmicas e da discriminação racial.

A Conferência de Teerã (1968) foi sucedida pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993), que teve como temáticas principais a pobreza, a democracia e os instrumentos legais e jurídicos de efetivação dos direitos humanos. Nos trabalhos preparatórios da Conferência de Viena, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas recomendou que o Comitê Preparatório mantivesse em mente o tema da interrelação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, assim como a igual importância e indivisibilidade de todas as categorias de direitos humanos, tendo sido assinalado pelo secretário-geral da Conferência Mundial de Direitos Humanos a importância da formulação de programas concretos no campo da educação em direitos humanos, insistindo na "ratificação universal dos tratados de direitos humanos, e exortando os Estados a que lograssem um maior grau de cooperação internacional em favor dos direitos humanos"[27].

A Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos ocorreu num momento histórico bastante significativo, uma vez que a Guerra Fria tinha terminado, e a Alemanha havia sido reunificada, de maneira que as circunstâncias eram favoráveis à construção de um amplo consenso a respeito dos direitos humanos. Durante a Conferência de

pub/unb/ipr/rel/rbpi/1993/130.pdf. Consulta em: 10/02/2007. p. 01. Acesso em: 04 Abr. 2022.

27 Idem, p. 7.

Viena, os esforços se concentraram no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos na mobilização de todos os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos, e o resultado foi a elaboração de uma Declaração e um Programa de Ação para a promoção e proteção dos direitos humanos.

A importância da Conferência de Viena de 1993 decorre, principalmente, da consolidação definitiva da noção de indivisibilidade dos direitos humanos, cujos preceitos devem se aplicar tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, enfatizando também direitos de solidariedade, como a paz, o direito ao desenvolvimento e a proteção ao meio-ambiente. Já quanto ao tema do universalismo dos direitos humanos, houve muita controvérsia, tendo sido ressaltada a questão da diversidade cultural que tornaria os princípios de direitos humanos não aplicáveis ou relativos, segundo os diferentes padrões culturais e religiosos. Apesar de haver clara resistência à noção de universalidade dos direitos humanos, o primeiro artigo da Declaração estabeleceu que "a natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas". Já no seu parágrafo 5º, reconheceu-se a universalidade como característica marcante do regime jurídico internacional dos direitos humanos, afirmando que "todos os direitos humanos são universais".

Essas resistências não representaram nenhuma surpresa uma vez que, segundo A. A. Cançado Trindade, já durante os trabalhos preparatórios da Conferência, houve sinais de que a noção do universalismo dos direitos do homem seria objeto de polêmicas. O jurista, que participou de todo o processo preparatório da Conferência Mundial, inclusive da Reunião Regional Preparatória da América Latina e do Caribe (San José de Costa Rica, janeiro de 1993) como consultor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, observa que a manifestação mais notória nesse sentido veio "de alguns círculos de países asiáticos e de Estados membros da Organização da Conferência Islâmica, que resistentemente identificam no movimento internacional dos direitos humanos um suposto produto do 'pensamento ocidental' que não tem levado em conta as chamadas

'particularidades regionais', razão pela qual ainda não há Convenções regionais de direitos humanos em seus espaços geográficos respectivos"[28].

Posteriormente, ao tratar do tema no seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, o autor reconheceu que o tema da universalidade dos direitos humanos e dos "particularismos culturais" tem sido objeto de debates prolongados e inconclusos nos foros internacionais tanto acadêmicos quanto políticos. Segundo afirma:

> A suposta contraposição dos "particularismos" culturais à universalidade dos direitos humanos foi uma das questões centrais dos debates da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), seguidos dos da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994). A questão foi retomada com eloqüência na IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, 1995). No plano regional interamericano, os *travaux préparatoires* da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará de 1994) reconheceram que a violência de gênero existe em grande parte porque a estrutura legal, econômico-social e cultural das sociedades da região "a permitem e até a fomentam", cabendo assim combatê-las[29].

A despeito da controvérsia suscitada a respeito do tema, a Declaração de Viena foi clara ao estabelecer o universalismo dos direitos humanos, admitindo tão somente que as particularidades culturais locais deveriam ser consideradas, bem como os diferentes contextos históricos, culturais e religiosos, sendo dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos, independentemente

28 Idem, p. 28.

29 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 304.

de seus sistemas, políticos, econômicos e culturais. Todavia, há ainda dúvidas e críticas em relação à universalidade dos direitos humanos, que é vista por muitos como um pretexto para a intromissão de países ocidentais em assuntos internos dos Estados, resultando na imposição de uma pauta de valores unilateral em prejuízo da diversidade cultural.

Ainda que não venham a ser acolhidas em sua totalidade, as críticas opostas ao universalismo dos direitos humanos ao menos têm o mérito de chamar atenção para uma questão digna de reflexão: o universalismo não pode ser imposto. Com efeito, constata-se que é inviável a busca de um ideal de universalidade cunhado exclusivamente a partir de padrões valorativos ocidentais, tidos como parâmetro de todos os povos e nações. Pelo contrário, existe um razoável consenso no sentido de que o projeto de uma civilização humana universal é contraditória com a própria ideia de cultura, pois a cultura é intrínseca e essencialmente uma questão de diferenças, de maneira que a busca de uniformização deve-se dar com base no consenso, respeitadas as particularidades de cada nação.

Não significa dizer que toda universalização seja boa ou ruim em si mesma, mas tão somente que o universalismo dos direitos humanos não deve servir de pretexto a uma aculturação das nações, sendo importante privilegiar as uniformizações pautadas no comum acordo. Nesse sentido, nas observações de Tomlinson, "a modernidade global implica várias formas de universalidade, mas a universalidade não é *em princípio* má. Ao reconhecer suas formas nocivas, temos de evitar tirar o trigo bom com o mal, posto que "[...] a conectividade complexa da globalização faz com que algumas perspectivas universalizadoras benignas – na forma de políticas culturais cosmopolitas – sejam cada vez mais pertinentes"[30].

Com efeito, é preciso atentar para a necessidade de um diálogo intercultural que possibilite a busca de um consenso nas políticas de proteção aos direitos humanos, sem que se possa aventar uma injustificável imposição unilateral de valores pelos países ocidentais,

30 TOMLINSON, John. **Globalización y cultura**. Oxford: University Press, 1999. p. 77-82.

principalmente no que diz respeito à valorização do mercado em detrimento do ser humano. Vale mencionar a esse respeito a reflexão de Ahmet Davutoglu, professor turco, no sentido de que "o falso universalismo, no sentido da consciência do consumismo na globalização econômica e da exclusão geopolítica na ordem mundial, é uma barreira real para o diálogo e a cooperação entre civilizações. O consumismo, voltado à padronização dos estilos de vida, cria uma pseudoglobalização sem qualquer esforço para desenvolver um sistema de valores que funcione como referência maior de universalidade"[31].

Isso conduz à necessidade de se abordar a questão do universalismo de uma perspectiva multicultural, reconhecendo-se que os valores universais somente podem ser produzidos a partir da diversidade cultural. Em outras palavras, nenhuma cultura pode ser tomada como padrão ou verdade absoluta, pelo contrário: deve-se abrir a ampla aceitação para as diversas culturas e, ao mesmo tempo, dirigir esforços no sentido de fazer com que as culturas aceitem determinados valores básicos próprios aos direitos humanos. Nesse contexto, a diversidade não funciona como obstáculo à universalidade dos direitos humanos, mas constituem verdadeira premissa para esse universalismo ao contribuir para a busca de valores universais básicos do gênero humano.

Do que se vem de ver, o reconhecimento do universalismo dos direitos humanos esteve presente na elaboração de sua fundamentação ético-política e no seu processo de afirmação histórica, nomeadamente nas declarações de direitos dos homens que permearam as revoluções liberais. Todavia, no plano jurídico essa universalidade somente foi reconhecida definitivamente através do processo de internacionalização dos direitos humanos, no pós-guerra, consolidando-se na Declaração de 1948 que, nos mais de 50 anos de sua vigência, alcançou um altíssimo grau de aceitação em todas as civilizações, o que foi possível apesar das diferenças culturais. Ocorre que as resistências identificadas na Conferência de Viena de 1993

31 BALDI, César Augusto (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 135.

demonstram que existe uma corrente de pensamento que opõe críticas à aplicação de determinados direitos que seriam contrários a práticas culturais ou opções legislativas locais. Daí porque é necessário refletir sobre esse importante tema da universalidade dos direitos humanos, enfrentando com desassombro o discurso relativista.

RELATIVISMO CULTURAL E OUTRAS OBJEÇÕES AO CARÁTER UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Já se asseverou alhures que o tema atinente ao relativismo cultural é dos capítulos mais difíceis do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para os objetivos dessa pesquisa, afigura-se importante identificar e sistematizar as principais críticas opostas ao universalismo dos direitos humanos, o que se fará a partir das relevantes observações de A. A. Cançado Trindade, André de Carvalho Ramos e Flávia Piovesan.

Para Cançado Trindade, os aspectos mais importantes da contraposição entre universalismo e relativismo dizem respeito à diversidade cultural; à proteção dos direitos das minorias; à evolução dos direitos dos povos; à ameaça da idolatria do mercado; à contraposição dos particularismos regionais, sobretudo nas relações de direito privado; aos direitos humanos da mulher; aos vínculos entre os vivos e os mortos e ao legado universal das religiões.

Em termos de diversidade cultural, se identificam divergências sobre pontos como a liberdade de religião e problemas atinentes à adoção de menores. Observa-se também que alguns direitos fundamentais podem se afigurar mais relevantes em um determinado meio social do que em outro. Assim, o relativismo cultural seria consequência do fato de que cada cultura possui uma identidade e valores próprios.

No campo da proteção dos direitos das minorias (culturais, étnicas, linguísticas, religiosas, dentre outras), importa gizar que há direitos que são mais bem protegidos através do grupo ou comunidade a

que pertencem, designadamente a salvaguarda da identidade cultural; assim, a preocupação manifestada na proteção dos direitos das minorias dirige-se contra a imposição de modelos, a insensibilidade e a uniformização, "um alerta em relação aos dogmas, por definição absolutos e excludentes [...] em relação à recusa de considerar o *modus vivendi* dos demais, como se a verdade pudesse prestar-se ao apanágio de uns poucos detentores da mesma"[32].

No item dedicado à "ameaça da idolatria do mercado", o autor sustenta que a globalização da economia tem gerado um paradoxo, na medida em que o aumento da competitividade econômica vem aumentando a pobreza e o endividamento e diminuindo a capacidade dos Estados de proteger os direitos dos seres humanos sob suas jurisdições. A abertura das fronteiras aos capitais tem sido acompanhada pelo fechamento das fronteiras a milhões de seres humanos, que tentam fugir da miséria em busca de melhores condições de sobreviver. Segundo afirma:

> [...] as disparidades crescentes em escala global dão mostra de um mundo em que um número cada vez mais reduzido de "globalizadores" tomam decisões que condicionam as políticas públicas dos Estados quase sempre em benefício de interesses privados – com conseqüências nefastas para a maioria esmagadora dos "globalizados". Só a firme determinação de reconstrução da comunidade internacional com base na solidariedade humana poderá levar à superação deste trágico paradoxo[33].

Trata-se, na realidade, de uma posição compartilhada por boa parte da doutrina nacional dedicada ao estudo dos direitos humanos. Relativamente à situação brasileira, no que diz respeito

32 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 311.

33 Idem, p. 330-331.

ao reconhecimento e à implementação dos direitos humanos universais em face da globalização, vale mencionar o trabalho de Yolanda Catão que examinou detidamente os avanços e retrocessos dos direitos humanos no Brasil, demonstrando grande preocupação com a questão. Segundo essa autora, as conquistas da globalização só alcançam as elites brasileiras e, em contrapartida ao avanço da informática e das telecomunicações, o Brasil perdeu posições no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o que demonstra que não estão ocorrendo avanços suficientes nos problemas da diminuição da desigualdade de renda e do desenvolvimento humano. Em sua opinião, enquanto o processo de globalização privilegiar os interesses de corporações multinacionais haverá uma divisão entre os privilegiados incluídos nos benefícios da globalização e os excluídos desse processo[34].

Essa também é a opinião de António José Avelãs Nunes, crítico mordaz do processo de globalização, o qual sustenta que o desenvolvimento econômico deve necessariamente passar por caminhos que respeitem a dignidade humana. Segundo defende, o desenvolvimento econômico desacompanhado do desenvolvimento humano é perverso, um modelo que atende aos interesses das multinacionais e das elites a quem "pouco importa que milhões de pessoas não tenham poder de compra. Pura e simplesmente, não contam com elas, é como se elas não existissem", sendo certo que "a exclusão social crescente (a 'nadificação do outro', na expressão do cineasta brasileiro Walter Salles) é a outra face deste tipo de desenvolvimento perverso ou maligno"[35].

No que diz respeito, propriamente, à contraposição dos particularismos à universalidade dos direitos humanos, Cançado Trindade explica que a manifestação mais notória nesse sentido vem de alguns círculos de países asiáticos e de Estados membros

34 ARNAUD, André-Jean (org.). **Globalização e Direito I:** impactos regionais e transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 378-379.

35 NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-109.

da Organização da Conferência Islâmica. A crítica consiste em identificar no movimento internacional dos direitos humanos um fruto do pensamento ocidental que não leva em consideração as chamadas particularidades regionais. As resistências se manifestam principalmente no domínio das relações privadas dos indivíduos, como o tratamento dispensado à condição da mulher, ao direito de casar e divorciar, da escolha quanto ao planejamento familiar, da proteção das crianças e outras[36].

Outro ponto sensível na questão do universalismo dos direitos humanos consiste nos direitos humanos da mulher em face das tradições e práticas seculares. Neste aspecto, os particularismos culturais têm sido utilizados para justificar discriminações e atos de violência contra a mulher, como a prática baseada no costume, crenças religiosas ou origens étnicas de permitir casamentos forçados, discriminações no direito de família e sucessões, circuncisão feminina, obstáculos na educação além de atos de violência privada. A IV Conferência Mundial sobre a Mulher em Beijing (1995) insurge-se fortemente contra essas práticas, adotando um amplo programa para promover e emancipar a mulher, eliminando todos os aspectos, inclusive as práticas baseadas no costume e na cultura, que a impedem de exercer um papel ativo em pé de igualdade em todos os domínios da vida pública e privada, erradicando a discriminação[37].

A questão da vinculação entre os vivos e os mortos é um dos temas que denotam com mais clareza a questão da universalidade, uma vez que o respeito aos mortos é cultivado nas mais diversas culturas e religiões e sua proteção visa preservar não só a memória do morto como também os sentimentos dos vivos. Disso decorre que o sentimento de harmonia entre os vivos e os mortos merece ser reconhecido como objeto de preocupação e tutela do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que sobressai ainda mais nos casos de negligência e desrespeito aos restos mortais das vítimas

36 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 346.

37 Idem, p. 355.

de violações dos direitos humanos. O consenso existente acerca do respeito aos mortos assenta como demonstração inequívoca de que a diversidade cultural não é obstáculo para o universalismo dos direitos humanos, devendo-se distinguir o necessário pluralismo, que implica o respeito às identidades culturais, do relativismo cultural, o qual abdica da própria noção de valor ao rejeitar a possibilidade de sua objetivação.

No mais, questão relevante no que diz respeito à universalidade dos direitos humanos é aquela pertinente ao legado universal das religiões. As religiões influenciaram muito na evolução do Direito Internacional exercendo papel importante nos esforços em busca da construção da paz mundial e da preservação dos direitos humanos, entretanto, o desvirtuamento das religiões pela intolerância e pelo fanatismo leva a graves violações dos direitos humanos. Em comunicado apresentado durante a II Conferência Mundial de Direitos Humanos a Comunidade Baha'i Internacional, em seu nome e no de diversas organizações não governamentais, sustenta vários argumentos dentre os quais o de que "a intolerância não raro tem raízes nos antagonismos culturais e históricos associados com tradições religiosas. Dado que os antagonismos nascem com frequência da ignorância e do conhecimento limitado, a educação pode revelar os valores espirituais comuns subjacentes a várias crenças e práticas e pode, desse modo, fomentar a tolerância religiosa"[38].

Ao tratar da questão do relativismo cultural, André de Carvalho Ramos se pronuncia de forma mais sistemática, ainda que se abstenha de abordar questões pontuais importantes no debate entre o universalismo e o relativismo. Nesse passo, o autor identifica seis argumentos fundamentais em prol do relativismo: a existência de cosmovisões inconciliáveis nas diversas culturas; a falta de adesão formal à Declaração de Viena ou sua adesão apenas para fins de política externa; o uso do discurso dos direitos humanos como instrumento para fins econômicos e políticos; as diferenças de relação do homem

38 Idem, p. 378-379.

e sua comunidade existente na cultura ocidental e na cultura africana e asiática; a imposição de valores do pensamento ocidental e o argumento desenvolvimentista que justifica o desrespeito a direitos humanos básicos, sob a alegação de falta de recursos econômicos suficientes.

O primeiro argumento, de cunho filosófico, funda-se na existência de diversas cosmovisões na comunidade humana. O autor menciona Raimundo Pannikar – "*Is the notion of human rights a western concept*?" – o qual argumenta que "o conceito de direitos humanos é fundado na visão antropocêntrica do mundo, desvinculada da visão cosmoteológica que ainda predomina em algumas culturas, o que contraria a sua alegada universalidade"[39]. Além disso, existem poucos elementos antropológicos e filosóficos comuns para formar o conjunto de direitos humanos universais, como o direito à vida e à liberdade, o que torna o próprio universalismo desprovido de significado na maioria dos casos[40].

O segundo argumento, atribuído a Adamantia Pollis e Peter Schwab – "*Human Rights: a western construct with limited applicability*" –, é no sentido de que embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha sido aprovada sem voto em sentido contrário sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU, houve oito abstenções e, na época, as potências ocidentais possuíam colônias e diversos territórios dominados que não participaram de sua formulação. Além disso, a pretensa adesão dos Estados às declarações de direitos do homem não é prova do universalismo, porque muitas vezes essa adesão é mero instrumento de política externa que não se traduz em ações práticas[41].

O terceiro argumento consiste em que vários Estados, especialmente os Estados ocidentais, utilizam do discurso dos direitos humanos como instrumento para fins econômicos e políticos,

39 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 184.

40 Ibidem.

41 Idem, p. 185.

mostrando-se incoerentes quando se trata da defesa de seus interesses e descartando o discurso dos direitos humanos quando inconveniente. Um exemplo claro disso seria a condução das relações internacionais dos Estados Unidos da América, seja no embargo econômico a Cuba, ou nas violações a direitos humanos na prisão de supostos terroristas na base militar norte-americana em Guantánamo, Cuba, e em Abu Ghraib, no Iraque, isso sem mencionar o constante apoio norte-americano a Estados que violam sistematicamente direitos humanos[42].

O autor menciona a crítica de Boaventura dos Santos que denomina de supervisibilidade de certas violações de direitos humanos e total opacidade de outras, a depender de critérios geopolíticos, a exemplo do caso *Otto-Preminger Institut* em que houve censura e confisco de filme na Áustria considerado ofensivo à Igreja Católica; além de outros para quem "a incoerência está na defesa de direitos humanos universais no plano externo e na preservação, do plano interno, da margem de manobra dos Estados, como já visto na análise da polêmica teoria da margem de apreciação no sistema europeu de direitos humanos"[43].

O quarto argumento refere-se às diferenças de relação do homem e sua comunidade existente na cultura ocidental e na cultura africana e asiática, isso porque, na maioria das sociedades africanas, os direitos da comunidade precedem os direitos individuais; as decisões são tomadas por meio do recurso ao consenso do grupo e a riqueza também sofre formas de apreciação coletiva[44]. De outro lado, as sociedades asiáticas possuem valores culturais de difícil assimilação com as normas de direitos humanos promovidas pelo Ocidente, segundo Niara Sudarkasa: "A complexa relação entre o indivíduo e sua comunidade, baseada em quatro obrigações: respeito, responsabilidade, auto-restrição e reciprocidade, não sendo baseada, então, na noção de direito oriunda da tradição ocidental"[45].

42 Idem, p. 186-187.
43 Idem, p. 188.
44 Idem, p. 189.
45 Ibidem.

O quinto argumento é no sentido de que a doutrina dos direitos humanos possui um forte viés cultural ocidental o que gera o sentimento de que o pretenso universalismo dos direitos humanos corresponderia, na realidade, a uma tentativa de impor valores ocidentais às demais culturas. A doutrina dos direitos humanos opõe-se a várias práticas costumeiras e crenças de diversas culturas, como a clitoridectomia, os direitos sucessórios desiguais no mundo mulçumano, o dote obrigatório das noivas, os casamentos combinados, entre outros casos [46].

Finalmente, há o argumento, de grande importância paras os países latino-americanos, de que a proteção a alguns direitos humanos, nomeadamente os direitos sociais e culturais, depende do atingimento de um grau superior de desenvolvimento econômico, de maneira que a falta de recursos materiais suficientes serve de pretexto para o inadimplemento de direitos humanos básicos. Segundo o autor, "os direitos sociais, com isso, são sistematicamente violados, existindo, por exemplo, regiões no Brasil com índices de desenvolvimento que fariam corar Estados miseráveis da África"[47].

Além dos argumentos delineados, merece destaque a "Teoria da Margem de Apreciação" – *margin of appreciation* – antes mencionada. Essa teoria é um dos instrumentos de interpretação dos direitos humanos adotados pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A tese se fundamenta no princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional, arguindo que determinadas questões polêmicas relacionadas às limitações estatais impostas aos direitos humanos devem ser discutidas pelas comunidades nacionais, pois em princípio caberia ao próprio Estado estatuir as condições e limites para o exercício desses direitos em face do interesse público[48].

A utilização dessa teoria é controlada pela Corte Europeia com base no princípio da proporcionalidade, mas para muitos críticos a sua aceitação tende ao relativismo dos direitos humanos ao admitir

46 Idem, p. 190.

47 Idem, p. 191.

48 Idem, p. 110-111.

que práticas costumeiras possam servir de pretexto para impedir mudanças sociais, especialmente na esfera da moralidade pública, resultando na opressão e discriminação de minorias. Segundo André de Carvalho Ramos: "Essa perigosa aceitação do relativismo na proteção de direitos humanos é ainda mais dramática por advir de uma Corte especializada de direitos humanos e não de um Estado autoritário qualquer, ou de membros dirigentes de uma comunidade religiosa opressora. É bom lembrar que o texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos não contém nenhuma menção à "margem de apreciação" nacional: pelo contrário, há a expressa obrigação dos Estados em garantir e respeitar os direitos humanos, sem ressalvas ou titubeios"[49].

Finalmente, seguem as observações de Flávia Piovesan sobre o tema que traduzem em feliz síntese os principais argumentos do relativismo cultural à tese seguinte: "Na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos (Declaração Universal dos Direitos do Homem) simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças. A noção universal de direitos humanos é identificada como uma noção construída pelo modelo ocidental. O universalismo induz, nessa visão, à destruição da diversidade cultural"[50] .

ARGUMENTOS EM DEFESA DA AFIRMAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A busca de caminhos para a afirmação universal dos direitos humanos demanda, antes de tudo, o enfrentamento de todas e cada uma das objeções antes mencionadas que põem em dúvida a legitimidade e a substância jurídica do universalismo. Como se vê, ainda que o problema possa parecer superado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em virtude da adesão maciça à

49 Idem, p. 117.
50 (Piovesan, 2006, p. 144)

Declaração de Viena (1993), do ponto de vista acadêmico, não se pode simplesmente ignorar a existência de teses contrárias à universalidade dos direitos humanos. Seguem, a propósito disso, os argumentos apresentados pelos autores antes citados para rebater as críticas do relativismo cultural.

Além de ser uma das grandes autoridades no tema, A.A. Cançado Trindade é um dos maiores defensores do universalismo dos direitos humanos. Em seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, o autor faz várias ponderações sobre o problema, as quais são explicadas em seguida, ainda que em apertada síntese.

Inicialmente, tratando das objeções de alguns círculos de países asiáticos, Cançado Trindade articula que conquanto tradicionalmente as concepções prevalecentes nesses países não prevejam limitações à autoridade estatal, ainda assim tem-se notícia de protestos contra abusos do poder público, demonstrando que o reconhecimento do direito de resistência à opressão não é algo estranho à cultura asiática. Assim, a questão não seria tanto a de se opor a cosmovisão ocidental à tradição oriental, mas sim de colocar a questão de saber se as elites governantes atendem ou não às necessidades básicas dos governados. O autor menciona que "a própria Comissão Econômica e Social para a Ásia e o Pacífico, em documento apresentado à quarta sessão do Comitê Preparatório da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), assinalou as implicações para os direitos humanos da diversidade e heterogeneidade dos países da região asiática"[51].

Outro ponto relevante desenvolvido pelo autor é o de que a Convenção de Viena apenas tinha a intenção de desenvolver a legislação e de melhorar os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, uma vez que a questão dos particularismos culturais já parecia superada. Antes mesmo da Conferência, a questão do universalismo já tinha sido objeto de três convenções regionais, a europeia, a americana e a africana, e em todas elas houve o reconhecimento de direitos universais do homem. O autor cita

51 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 339-340.

o exemplo da Convenção Africana de 1981, que confirma o caráter universal dos direitos humanos, sem perder de vista os traços culturais especiais da região[52].

Assim, é de se considerar que a questão do universalismo dos direitos humanos não constitui nenhuma inovação, de forma que seria até mesmo desnecessário seu reconhecimento na Conferência de Viena, já que os instrumentos globais atuam de forma complementar aos instrumentos regionais. Em outras palavras, carece de fundamento a oposição ao caráter universal dos direitos humanos adotado na Declaração de Viena quando se sabe que os instrumentos de proteção desses direitos no níveis global e regional são complementares, conforme vasta prática internacional, de forma que interagem e se reforçam mutuamente em prol dos seres humanos por eles protegidos.

Quanto à alegada vinculação da doutrina dos direitos humanos ao "pensamento ocidental", o autor observa que esta, na realidade, é uma expressão muito vaga, uma vez que por tal pensamento podem-se identificar tanto as raízes gregas da democracia quanto o humanismo da renascença, o legado do iluminismo e o pensamento filosófico ocidental moderno. Ademais, muito do que se diz parte do pensamento ocidental que tem um alcance muito mais amplo, estando presente em vários países de várias regiões do mundo; nas palavras do autor

> muito do que se atribuía àquele pensamento passava na atualidade a encontrar manifestações em países de diferentes regiões do mundo, sobretudo no tocante a determinados pontos básicos como as liberdades fundamentais, o direito de participação na vida pública, e a igualdade de todos perante a lei; por outro lado, em relação a tantos outros aspectos tornava-se difícil reduzir aquele pensamento a um todo homogêneo...[53].

52 Idem, p. 340.

53 Idem, p. 341-342.

Igualmente, o argumento da diversidade cultural não pode ser utilizado como obstáculo para o universalismo, porque os valores universais resultam de um consenso elaborado a partir da diversidade do gênero humano, o que se manifesta em uma consciência jurídica universal; logo, as culturas ao invés de obstaculizar a universalidade dos direitos humanos. Em outras palavras,

> o argumento das 'culturas regionais' não há de ser exagerado ou levado a extremos. Tais culturas não são e nunca foram obstáculos à evolução dos direitos humanos; ao contrário, é perfeitamente possível a elas incorporar os valores dos direitos humanos, como passo rumo à cristalização de obrigações de direitos humanos, como o demonstram os avanços nos últimos anos, e.g., nos campos dos direitos da mulher, da criança, e dos povos indígenas[54].

Para além disso, apesar de se valerem do argumento dos particularismos regionais, vários desses mesmos países efetivamente são partes em tratados universais de proteção e ratificaram diversas convenções internacionais do trabalho adotadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), de maneira que não se pode ter essa posição como uma posição em bloco, mas sim como "um argumento pouco convincente avançado por alguns círculos em alguns daqueles países", sendo mesmo que vários direitos humanos já se incorporaram ao direito costumeiro, o que reforça seu caráter universal independentemente de uma adesão formal a tratados ou convenções[55].

Assim, na abalizada lição de A. A. Cançado Trindade, uma vez examinando-se a universalidade dos direitos humanos em perspectiva adequada, não se verifica fundamento para a crítica relativista. É importante, porém, envidar esforços no sentido de buscar um

54 Idem, p. 342.
55 Idem, p. 343.

consenso mínimo entre as diversas culturas que poderá ser ampliado mediante um *cross-cultural dialogue*, enriquecido pela legitimidade cultural universal dos direitos humanos. Em conclusão, cumpre registrar um excerto da obra em análise bastante significativo da posição sustentada pelo autor acerca do tema:

> Nos últimos anos, vêm-se envidando esforços meritórios no sentido de, a partir da diversidade cultural, buscar um denominador comum mínimo entre as distintas culturas do mundo, para então ampliá-lo mediante um *cross-cultural dialogue*, enriquecido pela legitimidade cultural universal dos direitos humanos. Este enfoque da matéria, cujo propósito é o de ampliar e aprofundar o consenso universal sobre os direitos humanos, pressupõe que os indivíduos, assim como as sociedades que integram, compartilham certos interesses e preocupações e valores básicos, desvendando o quadro geral para a conformação de uma cultura comum dos direitos humanos universais. A busca da universalidade dos direitos humanos requer a identificação e o cultivo de suas *cross-cultural foundations*[56].

Insista-se nesse ponto. A universalidade, ora perseguida, não consiste em aplicar a todos os povos as idênticas normas de direitos humanos sem nenhuma adaptação nem, por outro lado, permite que se deixe a proteção dos direitos humanos ao capricho de cada Estado, sem que se eleja um critério objetivo. A ideia defendida é a de que se possa construir valores universais a partir de valores particulares, numa espécie de processo de abstração em que se respeita as identidades culturais e se aprende com a experiência coletiva, num diálogo intercultural que conduz ao consenso[57].

56 Idem, p. 310.

57 BEUCHOT, Mauricio. **Interculturalidad y derechos humanos**. México: Siglo XXI, 2005.p. 65.

Veja-se agora a posição de André de Carvalho Ramos que também rebate as críticas do relativismo, enfrentando cada um dos seis argumentos que menciona em sua obra e já relacionados anteriormente.

Às objeções filosóficas, o autor responde com base em Shashi Tharoor – "*The universality of human rights and their relevance to developing countries*" –, especialista de direitos humanos indiano, para quem "é razoável afirmar que conceitos de justiça e Direito, legitimidade do governo, dignidade do ser humano, proteção contra a opressão ou arbítrio, participação na vida da comunidade, são encontrados em qualquer sociedade". Com base nessa reflexão, o autor pondera que os direitos humanos não pretendem substituir os valores ou a cosmovisão das sociedades, apenas oferecendo um substrato jurídico-normativo para a tutela da liberdade[58].

Relativamente ao suposto caráter ocidental da doutrina dos direitos humanos, André de Carvalho Ramos argumenta que o fato de que os direitos do homem têm origem no jusnaturalismo europeu e nas primeiras declarações de direitos é meramente um dado histórico, porque os direitos humanos são uma conquista que não pertence a determinada tradição cultural. Pelo contrário, trata-se de um objeto de constante disputa política, durante a qual tradições culturais e religiosas podem se modificar e novas leituras dessas tradições podem surgir[59].

Realmente, os direitos humanos hoje se contrapõem a tradições religiosas e culturais como já o fizeram no passado, inclusive em relação a tradições ocidentais, sendo exemplo disso a necessidade de mudanças da Igreja Católica em relação à liberdade religiosa. O autor conclui que não se trata de buscar uma denominação mínima dos valores culturais, mas de afirmar a pluralidade de culturas com o reconhecimento da liberdade e participação com direitos iguais para todos. Em boa verdade, as justificativas culturais a condutas

58 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 192.

59 Idem, p. 193.

contrárias a direitos humanos têm forte traço totalitário ao implicar a possibilidade e discriminar as minorias que não se identificam com os valores da comunidade[60].

No que toca à questão geopolítica, identificada com o uso seletivo do discurso dos direitos humanos para camuflar interesses econômicos ou políticos, ou mesmo a hipocrisia de defender algo externamente e não aplicar internamente, o autor argumenta que a mesma crítica vale para qualquer outro aspecto do Direito Internacional. Em suas palavras,

> [...] não é somente o Direito Internacional dos Direitos Humanos que sofre com o uso seletivo e politicamente orientado de suas normas. A história do Direito Internacional mostra que o direito dos tratados, a teoria da responsabilidade internacional, entre outros temas, já sofreram interpretações de modo a justificar o atingimento de fins políticos e econômicos por parte de Estados (em geral, os mais poderosos), da mesma forma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos[61].

Com essas razões, conclui que a crítica não deve se aplicar ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim às próprias características da sociedade internacional, designadamente quando no campo dos direitos humanos existem mecanismos coletivos aptos à averiguação de violações de direitos humanos, dado que demonstra o significativo avanço no sentido de extirpar a seletividade antes criticada. Aliás, relativamente à teoria da margem de interpretação nacional, além de não registrar que não há nada parecido com essa construção na Corte Interamericana de direitos humanos, deve-se mencionar que existem precedentes na própria Corte Europeia em

60 Idem, p. 192-193.
61 Idem, p. 195.

que foram rejeitadas essas alegações do Estado embasadas nessa teoria, para se reconhecer a universalidade dos direitos do homem[62].

Ainda nesse tema, há a registrar o argumento do autor de que a subsidiariedade da jurisdição internacional não pode importar na redução da competência dos órgãos internacionais na avaliação de eventuais violações de direitos humanos, porque os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos foram elaborados justamente para fornecer uma garantia dos indivíduos contra o Estado, quando esgotados os recursos internos. Dessa forma, o caráter polêmico de determinada questão não poderia justificar o afastamento da jurisdição internacional sob pena de esvaziar-se a sua própria razão de existir[63].

Afinal, no que pertine à crítica "desenvolvimentista" contra a universalidade dos direitos humanos, o autor observa que o acatamento desse argumento em última análise importa em negligenciar uma determinada classe de direitos sob o falso argumento de sua realização progressiva que é indefinidamente adiada. Tal argumento seria falho porque desmentida pela realidade, segundo alega, "o Brasil, com uma das maiores economias industriais do mundo, é amostra evidente que o aumento da riqueza não leva à maior proteção de direitos humanos. Muito pelo contrário: a lógica da postergação da proteção de direitos humanos e em especial dos direitos sociais faz com que o desenvolvimento econômico beneficie poucos, em geral aqueles que circundam a elite política dominante"[64].

Do exposto, na opinião do autor, as objeções ao caráter universal dos direitos humanos não devem ser acolhidas, pelo contrário, impende prevalecer a exigência de garantia da plena e universal realização dos direitos humanos que consta do preâmbulo da Declaração de Viena de 1993, sendo importante prosseguir na supervisão internacional dos direitos humanos com a finalidade de garantir um mínimo de garantias a todos em cada comunidade humana.

62 Idem, p. 196.
63 Idem, p. 120.
64 Idem, p. 197.

Concluindo essa análise, importa trazer as importantes reflexões de Flávia Piovesan acerca do tema. Após indicar resumidamente a crítica relativista ao universalismo dos direitos humanos, a autora traz o argumento contrário dos universalistas, o sentido de que "a existência de normas universais constitui uma exigência do mundo contemporâneo" e que "se alguns Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos é porque consentiram em respeitar tais direitos, não podendo isentar-se do controle da comunidade internacional na hipótese de violação desses direitos e, portanto, de descumprimento de obrigações internacionais"[65]. A autora defende a posição de que a abertura do diálogo entre as culturas que respeite a diversidade cultural é condição para a obtenção de um consenso e a formação de uma cultura universal dos direitos humanos que observe um mínimo irredutível alcançado por um universalismo de confluência[66].

CONCLUSÕES

O universalismo dos direitos humanos é um legado do Iluminismo no processo histórico de formação da doutrina dos direitos do homem e do processo de sua afirmação através das primeiras declarações de direitos emitidas nas revoluções liberais. A ideologia do Iluminismo traz subjacente a ideia de que seria possível realizar um Direito unitário a ser presidido pela razão, uma espécie de ciência do legislador que seria apta a estabelecer as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta humana.

A despeito do positivismo jurídico e de sua concepção formalista do Direito, que reduz a fundamentação dos direitos humanos ao seu reconhecimento pelas leis positivas, há uma tendência atual no sentido de buscar fundamentos jurídicos para os direitos humanos além da organização política estatal. Nesse passo, é importante a concepção

65 (Piovesan, 2006, p. 146).
66 Idem, p. 148.

de direitos morais de Ronald Dworkin, segundo a qual é possível identificar um fundamento ético-político para os direitos humanos independentemente de sua positivação.

A adoção de fundamentos jurídicos supraestatais para o reconhecimento dos direitos humanos é amplamente aceita no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente em se considerando que o movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos deveu-se, em grande medida, a uma reação contra os abusos cometidos pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Essa experiência histórica, por mais hedionda que seja, produziu um grande bem para a humanidade ao assentar definitivamente a necessidade de se reconhecer e tutelar um mínimo de direitos inalienáveis inerentes ao ser humano, independentemente do reconhecimento interno do Estado.

O consenso acerca da responsabilidade da comunidade internacional para com a proteção dos direitos humanos é um marco histórico de enorme relevância para o progresso da humanidade, daí decorrendo mudanças significativas em conceitos tradicionais como a cidadania e a soberania. Isso porque o indivíduo passa a ser titular de direitos no plano internacional o que implica a limitação da soberania dos Estados, vez que estes ficam obrigados perante a comunidade internacional envidar esforços no sentido de respeitar e garantir a efetivação plena desses direitos, sob pena de responsabilização.

A existência de direitos humanos universais e inalienáveis é um fato incontestável no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo em vista a força normativa adquirida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) como princípio geral de Direito Internacional, e por força da Conferência de Viena (1993) que assentou, irrevogavelmente, a indivisibilidade e o universalismo dos direitos do homem.

Nesse contexto, as discussões travadas acerca do caráter universal dos direitos do homem, embora relevantes, tendem a desaparecer naturalmente em virtude do fato inegável de que o universalismo já foi incorporado à ordem jurídica internacional. Não obstante, as

críticas opostas à universalidade dos direitos humanos têm o mérito de ressaltar a necessidade se ter uma adequada perspectiva dessa característica dos direitos do homem.

Quer-se dizer com isso que o universalismo não se pode confundir com o unilateralismo, nem muito menos com a imposição de valores da cultura ocidental às demais civilizações. Os valores não são entes ideais e objetivos que podem ser deduzidos da natureza através da razão humana, como defendiam os iluministas. Apesar de bem intencionada, essa construção peca em negligenciar os particularismos e diversidades das culturas, além das diferenças de cosmovisões e de valores.

A definição de direitos humanos universais não se opera em um processo intelectual de descoberta, demandando uma atividade muito mais elaborada que não prescinde da tolerância e do diálogo, nem dispensa o respeito pelas várias identidades culturais nessa busca de uma pauta mínima de direitos reconhecidos universalmente a partir de valores particulares. Isso porque, na lição de Norberto Bobbio, embora os direitos do homem não sejam ideais e objetivos, eles são podem ser reconhecidos a partir do consenso, quando então se tornam referência objetiva dotada de caráter universal a partir do seu acatamento generalizado e pela prática do costume internacional.

Tem razão, portanto, Cançado Trindade em considerar que é possível alcançar um denominador comum mínimo entre as distintas culturas do mundo, que pode então ser ampliado através de um diálogo intercultural legitimado pela cultura universal dos direitos humanos. Não se trata de uma utopia, mas sim de uma possibilidade real e concreta, não é apenas um sonho, mas um desafio atual para a humanidade para que, ao lado do progresso científico e tecnológico, possa alcançar o desenvolvimento humano em busca da paz e em prol de um futuro melhor para nossos filhos.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean (org.). **Globalização e Direito I:** impactos regionais e transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BALDI, César Augusto (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BEUCHOT, Mauricio. **Interculturalidad y derechos humanos**. México: Siglo XXI, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional:** internacionalização do Direito Constitucional – Direito Constitucional Internacional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais:** ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico:** globalização & constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 1999.

LAPORTA, Francisco. **Entre el derecho y la moral**. México: Fontamara, 1995.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, RT, ano 13, n. 52, p. 327-337, jul./set. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÖLLER, Josué Emilio. **A fundamentação ético-política dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROMANI, Carlos Fernández de Casadevante (coord.). **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Madrid: Dilex, 2003.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. **Soberania de los Estados y direitos humanos em Derecho Internacional contemporâneo**. Madrid: Tecnos, 2004.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÁNCHEZ, Yolanda Gómez (coord.). **Pasado, presente y futuro de los derechos humanos**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e Direito Comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TOMLINSON, John. **Globalización y cultura**. Oxford: University Press, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos:** Viena, 1993. 1993. Disponível em: http://ftp.unb.br/pub/unb/ipr/rel/rbpi/1993/130.pdf. Acesso em: 10 fev. 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2003.

11. AO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL: CAMINHOS PARA SUPERAÇÃO DA CRISE DE EFETIVIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE BRASILEIRO[1]

Juliana de Oliveira Jota Dantas

INTRODUÇÃO

É grande o desafio de falar em constitucionalismo ambiental no Brasil contemporâneo. A crise de efetividade constitucional, familiar aos vários âmbitos dos direitos sociais, explicita-se diante da contradição entre o dever ser normativo, idealizado pelo constituinte originário e a realidade fática vivida em solo pátrio. Após três décadas de vigência da constituição cidadã, com inúmeros avanços e acréscimos de conquistas sociais, assim como de liberdades individuais, a tutela do meio ambiente reflete caminho tortuoso com sinalizações de retrocessos normativos e, sobretudo, políticos.

A constitucionalização do direito – ou dos direitos, a fim de melhor compreender-se o alcance de seus efeitos nas mais diversificadas ramificações jurídicas – carrega consigo os atributos de imperatividade, a vincular a atuação do Estado através de seus poderes constituídos, como também particulares em suas relações jurídicas; implica a observância obrigatória de seus comandos. A discricionariedade ofertada à construção política e administrativa da tutela ambiental não concentra a faculdade de realizá-la, mas tão somente de como realizá-la; escolhas de procedimentos, de mecanismos de proteção específicos ao melhor atendimento de suas peculiaridades. Ao gestor, ao legislador e ao aplicador do direito não se possibilita prescindir da proteção ambiental, sob pena de configurar-se a violação explícita ao

1 Artigo originalmente publicado como: DANTAS, J. J. **Ao Estado de Direito Ambiental**: caminhos para superação da crise de efetividade no Direito Constitucional do meio ambiente brasileiro. 2023. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2515. Acesso em: 07 Jan. 2024.

dever atribuído pela Lei Maior, seja pela conduta comissiva ou através da omissão.

A complexidade da questão ambiental perfila interesses de cunho econômico, político e social, com problemáticas históricas que transcendem o tempo e o espaço. É tema afeto a várias áreas de estudo e para o estudioso do Direito representa fenômeno multifacetado que requer investigação minuciosa, com alicerce em seu *status* constitucional e desdobramentos que lhe são naturais. Doravante, parte-se de seu enquadramento e contextualização como escolha política do constituinte originário para intelecção de seu alcance e poder de vinculação, configurando-se como elemento de identidade na Constituição brasileira de 1988, associado, como tantos outros bens jurídicos, ao ideal de existência digna e próspera, possibilitando-se a todo e qualquer indivíduo, a realização de seu potencial, em consonância com a satisfação de um interesse comum: o bem-estar da coletividade. Inobstante a existência de falhas na implementação dos comandos constituintes, bem como de posturas políticas que vão de encontro às diretrizes de proteção ambiental, o sistema jurídico brasileiro dispõe de mecanismos para garantia da supremacia constitucional e devem receber da academia e prática jurídica atenção contínua e compreensão, aproximando-se o alcance da norma ao mundo dos fatos.

Por meio da pesquisa exploratória, de natureza bibliográfica e documental, valendo-se de contributos de experiências estrangeiras e com uso de método dedutivo, apresenta-se uma reflexão – quiçá, provocação – aos estudiosos e aplicadores do direito constitucional do meio ambiente, a fim de permitir-se aprofundar a discussão sobre a (in)efetividade das normas constitucionais de tutela ambiental no Brasil e vislumbrar-se caminhos possíveis para superação da falta de aderência normativa à realidade a que se volta, apreciando o mecanismo do controle judicial como instrumento de efetivação do direito constitucional do meio ambiente.

LINHAS PRELIMINARES: DESDOBRAMENTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL E O ALCANCE DE SEUS MANDAMENTOS

As constituições contemporâneas são fruto de grandes mudanças registradas no século XX, em especial, após as duas grandes guerras mundiais e regimes ditatoriais, repercutindo em uma nova alocação para a Carta de direitos fundamentais, movida para uma posição de destaque e de hierarquia diferenciada em relação às normas de caráter político-organizativo. Ao Estado é atribuído o dever de ser não apenas o provedor, como também o meio de satisfação das demandas necessárias ao interesse do bem comum, vinculado à concepção de inviolabilidade da pessoa humana, ao ideal já consolidado no direito pátrio e internacional de dignidade. Logo, ao assumir o formato de "Estado de Direito" não se permite que poderes constituídos, ainda que avalizados por procedimentos normativos, atentem diretamente ou denotem o descaso ao parâmetro mínimo de existência digna para o padrão civilizatório atual.

É do núcleo ontológico dos direitos fundamentais a proteção de todo e qualquer ser humano, o vínculo instrumental com o ideal de dignidade e será essa vinculação que dotará um direito fundamental de força normativa diferenciada; seu tratamento constitucional oferece atributos de aplicabilidade direta – dispensando-se o intermédio do legislador para regularem relações jurídico-materiais – e de efetividade constitucional, aqui entendida como efeitos que transcendem um potencial jurídico para serem aplicados e observados nas relações jurídico-materiais, sejam elas protagonizadas pelo Estado em posição de hierarquia e verticalidade, sejam elas desenvolvidas no âmbito dos particulares, em posição de horizontalidade – vinculando a atuação dos poderes constituídos e relações particulares[2].

Desde o primeiro grande ciclo constitucional, os direitos fundamentais traduzem conquistas de seu tempo que são incorporadas

2 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito **Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1286.

ao núcleo axiológico do sistema normativo de cada Estado e cada uma, a seu tempo, representa esfera de tutela jurídica que não queda obsoleta, apenas aquém da demanda sociopolítica que responde a eventos e fenômenos ulteriores. Como exemplo, a autonomia da vontade fundou o ideal libertário do constitucionalismo clássico, acompanhado pelos direitos políticos; os direitos sociais, por sua vez, atendem ao pressuposto de oferecer oportunidade ao exercício das liberdades e propõem a construção de um patamar básico para que todo e qualquer indivíduo desfrute de existência digna e possa exercer outros direitos[3]. Direitos difusos vão ainda além e transcendem para oferecer às gerações futuras, o acesso a bens jurídicos indivisíveis e, em sua essência, indisponíveis, no intuito de resguardar o potencial de existência digna *pro futuro*, como se compreende na breve síntese:

> O direito ao meio ambiente, sadio e equilibrado, no intuito de oferecer condições adequadas à vida digna e desenvolvimento dos potenciais humanos é exemplo categórico desta dimensão de direitos. Traz uma tutela multifacetada: de forma imediata, opera sobre bens materiais ou incorpóreos que integram o conceito amplo, complexo e multidisciplinar de "meio ambiente" e, mediatamente, tem clara finalidade antropocêntrica de resguardar um conjunto de elementos essenciais à manutenção do *habitat* à posteridade[4].

A fundamentabilidade do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado poderia dispensar maiores explicações por ser *conditio sine qua non* para a vida e subsistência humana, assim como seria o caráter

3 FARIA, Edilsom. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. *In.:* LIMA, Francisco Meton Marques de; PESSOA, Robertônio Santos (Coord.). **Constitucionalismo, Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 104-106.

4 DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de Constitucionalidade e Cláusulas Pétreas Implícitas –** A irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 273.

de sua inalienabilidade à luz da dignidade como diretriz normativa, uma vez que nenhum ser humano pode ser privado arbitrariamente do direito à vida, imputando-se ao Estado prestações positivas para proteger e assegurar a vida humana[5]. Convém, no entanto, enfatizar que repercute na prerrogativa de pleno desenvolvimento individual ou coletivo e que, desde a Declaração de Estocolmo (Suécia) de 1972, desponta como direito fundamental autônomo e condição imprescindível para o exercício de outras prerrogativas consideradas inerentes à pessoa, imputando-se aos Estados, indivíduos e sociedade o dever e responsabilidade para sua proteção e eficácia.

A partir de 1988 – não com a mera inclusão no texto constitucional, mas diante da formatação oferecida pelo constituinte originário – o direito fundamental ao meio ambiente permite um Estado de Direito Ambiental[6], o qual prevê que cada indivíduo é sujeito de direito e credor de condições ambientais favoráveis a existência, saúde, bem estar e desenvolvimento oponíveis face ao Estado e/ou sociedade, nos termos do art. 225, *caput,* e, dessa forma, dirige-lhe uma pretensão: preservação, salubridade, equilíbrio do meio em que vive, trabalha ou mesmo aquele que pode afetar esfera de interesses[7].

A natureza difusa do direito ambiental não impede a conotação de direito subjetivo. De fato, é bem jurídico indivisível: sua integralidade não admite frações de fruição individual e a todos destina-se potencialmente, alcançando-se gerações presentes e supervenientes, de forma a assegurar os meios de existência e desenvolvimento; apela à responsabilidade perante as futuras gerações que se funda em um direito natural de "resguardo da posteridade", legitimando-se medidas restritiva se observado o perigo para as condições inerentes

5 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente** – Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 71.

6 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental** – Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. São Paulo: RT, 2013. p. 16.

7 ROCA, Guillermo Escobar. **La Ordenación Constitucional del Médio Ambiente.** Madrid: Dykinson, 1995. p. 98.

à vida[8]. Pelas mesmas razões, todo e qualquer indivíduo ostenta sua titularidade, ainda que, procedimentalmente, a lei brasileira opte pela legitimação extraordinária de entidades para que se ofereça a tutela adequada e maior alcance de sua efetividade – resguardando-se instrumentos para a iniciativa individual com o mesmo fito, como bem exemplifica a Ação Popular[9].

Elementos fáticos e a contextualização do direito fundamental ao meio ambiente pode permitir a caracterização como direito coletivo, em sentido estrito, sempre que sujeitos determinados ou mesmo indetermináveis estiverem vinculados por uma relação jurídica e possuam o mesmo interesse – indivisível – à tutela ambiental, como pode ilustrar a incidência do meio ambiente do trabalho de seu ambiente de trabalho. O dano ambiental, por outro lado, pode trazer consigo direitos individuais homogêneos, com respostas indenizatórias diversificadas ainda que produto do mesmo nexo causal, a variar diante do prejuízo individualmente sofrido, comprovado e/ou presumido[10].

À comunidade é dirigido o dever de proteção ambiental, de fiscalização de seu respeito e da conduta proativa na preservação e uso adequado dos recursos naturais. Ao Estado, acresce-se a obrigação de regulamentar, implementar e gerir políticas públicas que assegurem o usufruto do meio saudável e adequado ao desenvolvimento. No Brasil, faz por meio de limitações na propriedade e nas relações econômicas, de políticas de educação ambiental, por códigos de posturas ambientais com responsabilidade por infrações, alcançando-se, inclusive, a pessoa jurídica em esfera penal. É a figura do Estado quem representa melhor o papel de destinatário dos comandos de proteção ambiental, face ao seu papel de assegurador da satisfação

8 SCHULZE-FIELITZ, Helmeth. La protezione dellámbiente nel diritto constituzionale tedesco. *In:* AMIRANTE, Domenico (a cura di). **Diritto Ambientale e Costituzione**. Eperienze europee. Milano: FrancoAngeli, 2001, p. 78.

9 MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157.

10 DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de Constitucionalidade e Cláusulas Pétreas Implícitas** – A irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente**.** São Paulo: Verbatim, 2015. p. 279.

dos direitos fundamentais e de guardião da dignidade humana, ao lado de sua função de fiscal e regulador da atividade desenvolvida por particulares em seus interesses privados, cabendo-lhe, igualmente, ajustar-se e reconfigurar seus institutos para compatibilizar-se aos comandos dos deveres de proteção que a Constituição de 1988 agrega ao longo de seu processo histórico[11].

Enfatize-se que a elevação do meio ambiente ao rol de direitos fundamentais não reflete o rebaixamento de direitos fundamentais clássicos de liberdade. O sistema constitucional brasileiro, na verdade, demonstra adotar um direito geral de liberdade, uma cláusula genérica condicionada por valores e ideologias, a imprimir às ações humanas autorização apriorística, restritas quando e como a norma dispuser de forma imediata ou mediatamente, à luz do princípio da unidade do sistema jurídico. O registro da opção constituinte esteia no art. 5°, II, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei, assim como é possível identificá-la ao longo da Lei Maior, como exemplifica a liberdade de ofício ou de consciência[12]. Nesse passo, os direitos fundamentais individuais remanescem no núcleo ideológico essencial e inafastável da Constituição de 1988, ungidos pela cláusula de intangilibilidade oferecida pelo art. 60, parágrafo 4° e pelo *status* de cláusula pétrea.

A atividade econômica nutre-se do primado libertário e, ao lado dos ideais de proteção à vida, segurança, liberdade e propriedade, alia-se aos princípios fundamentais da República Federativa Brasileira; ao Estado, resguarda-se espaço e legitimidade para intervenção, definindo-se uma ordem jurídica da economia com o fito de harmonizar os interesses comuns à livre iniciativa àqueles de ordem social[13], adequando-se a busca pela prosperidade – individual – a uma

11 FENTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente –** A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 96.

12 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 169.

13 TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003. p. 85.

função social que atenda, mediatamente, ao interesse da coletividade. Reflete uma estruturação socioeconômica com viés solidarista, empregando-se a intervenção estatal como meio de assegurar o acesso a bens jurídicos essenciais e a ressignificação da propriedade para compatibilizar-se à proteção de todos, incluindo os socialmente marginalizados[14]. Daí despontarem os direitos fundamentais de índole social, direitos elementares à existência digna e pressupostos para o exercício dos direitos individuais de liberdade.

Doravante, o meio ambiente não está em posição presumida de supremacia axiológica e é trabalhado de forma conjugada com outras agendas constitucionais, especialmente com o desenvolvimento econômico[15], como explicitado no art. 170 da Constituição da República. A simbiose entre economia e meio ambiente, já prevista originariamente, passou por revisão constitucional a fim de a adequar a cada caso específico e seu potencial lesivo, o que se denota pela redação oferecida pela Emenda Constitucional n° 42 de 2003 e a premissa de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental de produção ou prestação de bens ou serviços, revelando-se que a gestão racional de recursos naturais é pilar para o desenvolvimento econômico e que escolhas políticas devem ser realizadas de forma a minimizar – leia-se: não necessariamente impedir – o impacto ambiental, haja vista ser também motor da República Federativa brasileira o combate à pobreza e às desigualdades sociais, valendo-se da livre iniciativa, do uso da propriedade privada e da produção de riquezas de forma compatível com os ideais de solidariedade que nutrem a função social, comprometendo-se, inclusive, com as gerações futuras na busca pelo bem comum[16].

14 FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Aspectos da Funcionalização da Propriedade no Direito brasileiro. *In:* ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti (Org.) **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 140.

15 VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 42.

16 NAZAR, Nelson. **Direito Econômico.** Bauru, SP: Edipro, 2009. p. 64.

Grau aponta que a proteção do meio ambiente como princípio da ordem econômica brasileira assume a função de princípio constitucional impositivo paralelamente com o perfil de norma-objetivo, com caráter conformador, reivindicando a realização de políticas públicas para satisfação de seu fim mediato – assegurar a todos uma existência digna – traz consigo o contributo para efetivação de outros nortes do Estado brasileiro, a exemplo da justiça social – seja no acesso e gozo do meio ambiente saudável e equilibrado, seja na fruição do direito à saúde e desenvolvimento, até mesmo para o potencial de exploração econômica de recursos naturais, prezando-se pela economia autossustentada[17]. Traduz-se, em suma, o núcleo do paradigma de desenvolvimento sustentável como canal para realização dos fins estatais e do equilíbrio entre interesses individuais e coletivos que perfilam a relação entre Estado, sociedade e economia.

A intervenção do Estado na economia e, por consequência natural, na propriedade privada tem legitimação na necessidade de conjugar o exercício da liberdade e da autonomia da vontade à observância simultânea do interesse coletivo. Como explica Pamplona Filho, o atendimento de uma função social – conceito indeterminado – exige uma abordagem relacional, contextualizada à sociedade e ao meio em que está inserida, partindo-se do pressuposto que os direitos privados também possuem uma missão social e tem seu exercício limitado pelo Estado para que atendam a esse fito; em suas palavras: "Trata-se, portanto, de uma inequívoca característica do sistema capitalista da atualidade, o respeito à função social, como forma de legitimação do próprio direito de propriedade"[18]. Mesmo as tradicionais correntes libertárias sustentam que "preservar o meio ambiente e evitar a poluição indevida são problemas reais a respeito

17 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 280.

18 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Breves Reflexões sobre o Princípio da Função Social. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (Coord.) **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 38;44.

dos quais o governo tem um importante papel a desempenhar"[19], ponderando-se a intervenção estatal necessária ao uso inevitável – porém racional – de recursos naturais para minimizar os custos e otimizar os benefícios na exploração de bens ambientais que são indispensáveis à condição humana, apartando-se de uma abordagem maniqueísta para pregar uma equação de equilíbrio entre perdas e ganhos, inclusive para não concentrar cada um desses polos em setores sociais específicos[20].

Destarte, a abordagem oferecida explicitamente pelo constituinte brasileiro à tutela do meio ambiente traz importantes elementos para a compreensão de seu *status* e força normativa: reflete direito subjetivo fundamental, multifacetado e que transcende a esfera de interesse individual, comportando diversificadas feições (art. 225) e oponíveis em esfera individual, coletiva e difusa (art. 5°, LXXII). É dever imputado ao Estado – com competências distribuídas a todas as esferas federativas (a exemplo dos art. 23, VI e 24, VI e VII, além das previsões temáticas a bens ambientais específicos) – e à coletividade como um todo (art. 225), assumindo matiz de diretriz para a atuação do Estado e da regulação da atividade econômica (art. 170, VI; art. 174, parágrafo 3°), para o exercício do direito à propriedade (art. 186, II), para a prestação dos serviços de saúde (art. 200, VIII) e de comunicação social (art. 220, parágrafo 3°, II). De forma oblíqua, a Constituição de 1988 também incorpora o direito ambiental em seu eixo estruturante ao fundamentar-se na dignidade humana (art. 1°, III), ao instituir a defesa do direito ao meio ambiente – difuso e coletivo – como prerrogativa de função essencial à justiça representada pelo Ministério Público (art. 129, II) e, sobretudo, com a intensidade da regulamentação presente em capítulo temático específico que inova para oferecer à tutela ambiental a esfera de maior intervenção estatal possível – a responsabilidade penal, inaugurando-se a possibilidade de imputabilidade da pessoa jurídica (art. 225, parágrafo 3°) – a indicar

19 FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rosie. **Livre para escolher**. Rio de Janeiro: 2015. p. 310.

20 Idem, p. 314.

clara escolha do poder constituinte pela alocação do meio ambiente no núcleo de identidade da Carta cidadã de 1988.

Compreendendo-se a ordem jurídica como uma unidade, constituída de sistemas que se coordenam e sustentam entre si, os diversos interesses tutelados pela Constituição de 1988 não se justapõem, e possíveis contradições são harmonizadas pelos princípios fundamentais, sejam eles gerais ou afetos a searas específicas, identificando-se os valores que configuram um núcleo irredutível e que serviram de base para que o aparente conflito de interesses tomasse forma; com o intermédio da diretriz de unidade sistema jurídico constitucional, reconhecem-se os pontos de tensão para delimitar a força vinculante da norma constitucional e em sistemas como o pátrio, reconhece-se a possibilidade de uma hierarquia axiológica de bens jurídicos imprescindíveis à estabilidade e à continuidade constitucional[21]. Na análise do aparente conflito em espécie, os valores tensionados podem ser examinados sob o filtro os princípios constitucionais norteadores.

Em sequência, vislumbra-se a admissibilidade de cláusulas de intangibilidade implícitas na Lei Maior e que exprimem valores indissociáveis da identidade constitucional; inovações do poder constituinte derivado devem resguardá-los ainda que inexistente vedação explícita no art. 60, parágrafo 4° da Carta de 1988, sempre que figurarem pressuposto para efetivação dos bens jurídicos alçados pelo Constituinte originário como cláusula pétrea – a exemplo da dignidade humana que fundamenta e direciona todo o catálogo de direitos fundamentais. No rol, aberto, de bens jurídicos inafastáveis da Carta de 1988, encontra-se o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como direito fundamental, subjetivo e transindividual e o aparato de ferramentas disponibilizadas originariamente para sua tutela e efetividade, sob pena de ofensa ao intento constituinte[22].

21 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 196; p. 200-202.

22 DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de Constitucionalidade e Cláusulas Pétreas Implícitas –** A irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente. São

O mero apontamento normativo de interações do meio ambiente com vetores de interesse sociopolítico e econômico, igualmente tutelados pela Carta brasileira de 1988, já corrobora a imprescindibilidade da interpretação sistemática de seus comandos: a assunção que "a interpretação constitucional é processo, ao mesmo tempo tópico e sistemático, avesso a automatismos e à vinculação pura"[23]. Admiti-lo como inerente ao núcleo valorativo e jurídico da Constituição, condiciona-o a um vetor interpretativo que exige o apreço e a efetivação, possibilitando sustentar a escolha política por um Estado de Direito Ambiental em que não apenas se fazem presentes o direito material ao equilíbrio e preservação dos recursos inerentes à vida, ao desenvolvimento e ao bem-estar humano, mas também a qualificação do Estado que tem como tarefa a satisfação do direito subjetivo e coloca a tutela do meio ambiente como norte para tomada de decisões e procedimentos[24] .

Outrossim, o meio ambiente como direito fundamental exibe viés democrático e orienta a gestão republicana. Revestindo-se da legitimação ordinariamente atribuída aos direitos de participação na condução política do Estado e, com lastro no acesso à informação, à transparência e educação ambiental, a abertura à participação popular na tutela ambiental – como ocorre na realização de audiência públicas – fomenta a efetividade dos ideais de cidadania e ampara direitos econômicos, sociais e culturais. Isso posto, conforma-se no contexto de uma democracia constitucional para valorizar a deliberação pública como essencial para a comunidade política, cujos órgãos de representação e gestão democrática são limitados por "direitos fundamentais que têm como objetivo pré-comprometer o

Paulo: Verbatim, 2015. p. 399.

23 FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Editora RT, 2005. p. 323.

24 KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 43.

Estado a garantir existência digna a todas as pessoas e justiça política à comunidade"[25].

HIATOS NO MARCO NORMATIVO E CIVILIZATÓRIO OFERECIDO PELA CONSTITUIÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA: EM BUSCA DA EFETIVIDADE NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Apesar da Constituição de 1988 ser apontada como vanguardista e abrangente na consolidação constitucional do meio ambiente, desde seu nascedouro, representa um programa de estruturação e consolidação da tutela ambiental que se submete a um processo contínuo em todas as esferas de atuação do poder público e da iniciativa privada, demandando conjugação com direitos afins, sejam eles de ordem social, econômica ou cultural. Entenda-se: a natureza programática não aplaca a imperatividade e a vinculação do tratamento oferecido pelo constituinte, tão somente impõe atividades, dirige materialmente a concretização dos comandos constitucionais; vai além de uma declaração de direitos para vincular o exercício dos poderes constituídos em todas suas esferas e competências[26], além de, naturalmente, limitar também o exercício da autonomia da vontade e da liberdade individual, tradicionalmente afetas ao âmbito do interesse privado porém, submetido às limitações de ordem pública.

Do *caput* do art. 225, defere-se ao meio ambiente propício à vida digna e bem-estar humano como direito de fruição particular e coletiva, sindicável pelo indivíduo em sua esfera privada de interesses e também direcionado à satisfação do interesse coletivo presente e superveniente. A qualidade de direito fundamental deriva das condições necessárias à vida em si e à concepção de dignidade humana: o mínimo existencial inerente à valorização de toda e qualquer pessoa como fim para atuação do Estado e da sociedade,

25 HAYWARD, Tim. **Constitutional Environmental Rights.** Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 143.

26 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003. p. 438 e 1176.

permitindo-se defender como mínimo existencial ambiental as estruturas naturais e artificiais basilares para o alcance e satisfação de bens jurídicos essenciais ao marco civilizatório contemporâneo, como exemplifica o acesso à água potável, ao sistema de saneamento básico, às atividade de subsistência que dependam diretamente do uso e gozo de recursos naturais[27], dentre outros e por configurar-se como direito fundamental, dota-se dos atributos de inalienabilidade, indisponibilidade, indivisibilidade e imprescritibilidade[28].

São normas dotadas de eficácia – aptidão para produção de efeitos jurídicos – ainda que possam depender da intervenção legislativa para sua concretização. A lição atemporal de Silva revela que a eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais – de exercício individual, social ou coletivo – é norma-síntese que estabelece uma ordem aos aplicadores do direito: "[...] só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação", primando-se pelo princípio geral da eficácia plena como "[...] garantia política de defesa da eficácia jurídica e social da Constituição"[29]. O seu potencial para efeitos jurídicos deve aderir à realidade e, para tanto, o sistema jurídico-constitucional dispõe de mecanismos integradores a fim de assegurar-se sua real produção de efeitos, sua efetividade ou eficácia social.

Sob a feição de direito fundamental subjetivo, o direito ao meio ambiente presume a aplicabilidade imediata assegurada pelo art. 5°, parágrafo 1°, da Carta de 1988; em sua transindividualidade, dirige-se à organização e definição de políticas públicas, bem como à interpretação sistemática da ordem jurídica brasileira, "sujeitando os intérpretes

27 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. D**ireito Constitucional Ambiental –** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. São Paulo: RT, 2013. p. 33.

28 PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *In:* BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 65.

29 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 469.

a tomarem decisões sempre tendo em vista dimensão objetiva"[30]. Sustenta, portanto, aspecto principiológico na interpretação e aplicação da Constituição em todos os mais diversos âmbitos. Ao poder público destinam-se a maior parte das obrigações ambientais: possui dever de regulamentação normativa, criação e efetivação de políticas públicas ambientais, fiscalização e responsabilização por danos ambientais, entre outras[31], em que pese o registro da divisão de responsabilidade também com a coletividade, trasladando os particulares da posição de meros beneficiários para também devedores da proteção ambiental, cabendo-lhes assumir comportamentos positivos a esse propósito; consolida-se a responsabilidade socioambiental como poder-dever[32]. O princípio da solidariedade é o motor que vincula todo e qualquer particular ao comportamento condicionado a obrigações jurídicas e responsabilidades, não se restringindo apenas ao âmbito de escolha axiológica e conduta ética. Importa deveres: reflete a mudança de paradigmas e releitura direito privado e os espaços de autodeterminação individual – à luz do parâmetro (neo)constitucional –, assim como o tratamento conferido à pessoa e ao patrimônio sob o prisma da dignidade humana e da solidariedade – que no mundo dos fatos, resume-se na imprescindibilidade da coexistência entre indivíduos – e no plano normativo opera pelo atendimento e satisfação dos interesses comuns[33].

No exercício das atribuições imputadas à República Federativa Brasileira, a repartição constitucional de competências ambientais, sejam elas legislativas ou materiais, com a execução de políticas ambientais, comporta poderes-atribuições que devem ser entendidos

30 MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 151.

31 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental – Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** 3ª Ed. São Paulo: RT, 2013. p. 235.

32 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 1153.

33 EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade Civil pelo inadimplemento da boa-fé.** Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 56/62.

como deveres do poder público em todas as esferas das entidades federativas, orientando-se pelos princípios da progressividade da tutela e maior proteção ambiental possível[34] e exigindo-se a proatividade do poder público para efetivação de seus comandos. A competência material prevista pelo art. 23 da Carta cidadã atribuiu a todos os entes da Federação encargos e objetivos comuns, cabendo-lhes o desenvolvimento de políticas públicas que vão do zelo e políticas positivas à fiscalização e sanção por danos ambientais. Embora previsto no parágrafo único do artigo, o norte de cooperação entre União, Estado, Distrito Federal e Municípios, décadas de conflitos de competência produziram mazelas na (in)eficiência da administração ambiental e o controle judicial para definição da competência para tutela ambiental, não se amenizando a controvérsia política e jurídica, tampouco a crise de (in)efetividade da proteção ao meio ambiente, valendo-se de diretrizes como a predominância do interesse local ou, ainda, a incidência da norma mais protetora para solução dos conflitos[35].

Com o advento da Lei Complementar n° 140 de 2011, regulamentando-se o dever de cooperação no exercício da competência administrativa em matéria ambiental pelos entes federativos, a solidariedade como preceito de organização política tomou corpo para determinar a articulação de esforços, apresentando instrumentos em rol não taxativo (art. 4°) e áreas para atuação de cada pessoa jurídico-política, representando "[...] marco normativo com nítido caráter de racionalização do sistema de competências administrativas em matéria ambiental"[36]. Superou-se a presunção de que a competência comum autorizaria as três esferas administrativas a atuarem concomitantemente, empregando a diretriz de licenciamento

34 BOYD, David R. **The environmental rights revolution –** A global study of Constitutions, Human Rights and the Environment. Vancouver: UBC Press, 2012. p. 28.

35 KRELL, Andreas J.; MAIA, Alexandre da (ORG). **A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 167.

36 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental –** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**.** São Paulo: RT, 2013. p. 191.

ambiental único e afastando critérios como abrangência de impacto para definição da competência[37]. O sistema normativo ambiental é robustecido para efetivação dos poderes-deveres atribuídos à administração pública, sem afastar a responsabilidade solidária do Estado, inclusive diante de degradação cometida por particular, haja vista a omissão e/ou ineficiência em seu dever de fiscalização e cuidado, admitindo-se a possibilidade da imputação de responsabilidade objetiva ao Estado pelo dano ambiental oriundo da inação ou da atuação insuficiente da gestão ambiental, inobstante ser tema controverso face ao encargo financeiro que incidirá, mediatamente, sobre a sociedade, direcionando o poder público a evitar o prejuízo ao erário e buscar o ressarcimento dos eventuais degradadores[38].

Embora a omissão seja compreendida sem obstáculos pelo senso comum, destaca-se que juridicamente traduz um comportamento negativo, de inércia de qualquer um dos Poderes do Estado, que falhe em tomar as providências previstas em lei *lato sensu*, para que suas normas tenham cumprimento e alcancem a sua finalidade. Em tese, o constitucionalismo contemporâneo, ao dotar seu sistema de ferramentas de controle e resguardo, já dispõe de mecanismos para o combate à conduta omissa que ofenda seus preceitos: caso provenha da atuação político-administrativa, sujeita-se às cobranças partidárias ou mesmo das reivindicações da sociedade civil[39], não se olvidando o potencial alcance do crime de responsabilidade, quando presentes requisitos do art. 85 da Constituição da República, ainda regulamentado pela Lei n° 1.079/1950, recepcionada pela Carta de 1988 – com destaque para ato que atente contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais (inciso III) – e registrando-se

37 BIM, Eduardo Fortunato; FARIAS, Talden. **Competência ambiental legislativa e administrativa**. 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517705/001055894.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 set. 2020. p. 232.

38 Vide: STJ - RESP 1.071.741/SP/2 T – Rel. Ministro Herman Benjamim, DJ. 24.03.2009 – Disponível em https://www.mpma.mp.br/arquivos/ESMP/Responsabilidade_Civil_do_Estado.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

39 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74.

o trâmite do Projeto de Lei n° 1043/2020 – de autoria do Senador Fabiano Contarato (Rede/ES) – que propõe tipificar no rol de crimes de responsabilidade do Presidente da República e de Ministros de Estado a não implementação das políticas públicas voltadas para a prevenção e/ou para resposta a situações de calamidade pública ou de desastre natural[40]. No presente, ainda é tema de aridez e desafios para a dogmática jurídica que aponta obstáculos na pertinência do Chefe do Executivo como garantidor para fins penais, a fim de se caracterizar a omissão imprópria, presumida pela não execução de uma atividade predeterminada e juridicamente exigida do agente[41].

Citando Bulos, é "o silêncio transgressor" e a insinceridade normativa ou qualquer outro termo atribuído à omissão inconstitucional que "devem ser repudiados, porquanto produzem a síndrome da inefetividade das constituições, responsável pela erosão da consciência constitucional"[42]; representa um "não fazer algo concreto" prescrito pelo Constituinte, não conseguindo alcançar previsões constitucionais abertas ou implícitas – o que, *datavenia,* não se aplicam aos comandos do art. 225, parágrafo 1°, que impõe obrigações de fazer ao poder público, ainda que presente a índole programática e de consolidação progressiva, interpretados sistematicamente com as previsões de pertinência temática, a exemplo dos art. 23, VI e VII e art. 24, VI, VII e VIII, dentre outros, da Constituição.

A omissão inconstitucional é de praxe associada à seara normativa, protagonizada pelo Poder Legislativo, para qual o constituinte direcionou Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão, prevista no art. 103, parágrafo 2° e disciplinada, procedimentalmente, pelo advento da Lei n° 12.063/2009 que acrescentou o Capítulo II-A à Lei n°

40 Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141242. Acesso em: 10 set. 2022.

41 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Perspectivas dogmáticas do impeachment**. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.0.10.PDF. . Acesso em: 10 set. 2022.

42 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 75-76.

9.868/99, a disciplinar ações de controle concentrado. Pode ser ainda repelida pelo remédio constitucional previsto no art. 5°, inciso LXXI, da Constituição de 1988 – o Mandado de Injunção – com processo e julgamento tratado pela Lei n° 13.300/2016 e marcos procedimentais consolidados pela construção jurisprudencial dos MI 670, 708 e 712 pelo STF – conferindo-lhe efeito concretizador para assegurar o exercício de direito à liberdade constitucional, ou prerrogativa inerente à cidadania, nacionalidade e/ou soberania, face à omissão normativa do poder público que privasse o indivíduo ou coletividade do acesso e satisfação à sua pretensão. Tem o fito de produzir no mundo dos fatos os efeitos que deveriam ser oferecidos pela norma regulamentadora ausente, possibilitando o exercício do direito ou prerrogativa, sanando ameaça ou efetiva lesão causada pela inércia do órgão regulamentador competente.

A ação constitucional destina-se à proteção de direitos fundamentais que não se restringe ao âmbito individual, aplicando-se às esferas dos direitos difusos e coletivos, como já tradicionalmente defendido pela doutrina e recentemente estipulado pelo legislador infraconstitucional na Lei n° 13.300/2016[43]. Desde a adoção da corrente concretista pelo Judiciário brasileiro e posterior disciplina legal no sentido de estabelecerem-se as condições para exercício dos direitos fundamentais enquanto perdurar a mora normativa (art. 8°, II da Lei n° 13.300/2016) é o Mandado de Injunção que, de fato, melhor representa reação efetiva à inércia normativa do legislador ou a quem competir a função, ostentando ainda a serventia de ser acessível a qualquer interessado individualmente, a coletividades *stricto sensu*, no que toca aos seus interesses inerentes à relação jurídica base que os une em mesmo polo, ou a legitimados extraordinários na defesa de interesses transindividuais (art. 12 da Lei n° 13.300/2016).

Trata-se de instrumento hábil ao combate da omissão constitucional e consequente ofensa à efetividade das normas

43 MALHERO, Emerson Penha; BENATTO, Pedro Henrique Abreu. Mandado de Injunção Ambiental para a proteção de direitos fundamentais na sociedade da informação. **Revista de Direito Ambiental.** Vol. 89, p. 306, jan./mar. 2018.

constitucionais de tutela ambiental, presumida sua indispensabilidade aos direitos fundamentais relativos à vida e à dignidade, seja em sua modalidade individual, seja em vertente coletiva[44]; a vinculação do meio ambiente a searas de interesses fundamentais diversos pode ser fundamento, inclusive, para o cabimento do instrumento na efetivação do princípio do desenvolvimento sustentável, da livre iniciativa sustentável e do atendimento à função socioambiental empresarial exigida para comercialização de bens e prestação de serviços, como ilustra o Mandado de Injunção n° 197-DF (2006/0162080-0) apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda em 2010, e antes da regulamentação legal específica ao remédio constitucional. O caso refere-se à pessoa jurídica que alega ter requerido do Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – autarquia federal) informações sobre o licenciamento ambiental, obtendo a manifestação da autarquia pela inexistência de disciplina normativa e análise dos procedimentos necessários para proceder ao licenciamento de atividade ainda não fiscalizada pelo instituto. Em que pese ter declinado da competência processual em razão da parte ser autarquia da União, encaminhando-se ao juízo de primeiro grau na Justiça Federal, o julgado proferido pelo ministro Ari Pargendler salientou o teor vinculante do art. 225, parágrafo 1°, inciso IV, da Constituição e que:

> Assim, resta evidente que a Constituição da República de 1988 determinou que compete ao poder público exigir na forma da lei estudo prévio de impacto ambiental. Tendo em vista que o referido órgão informou que não possui norma legal que regulamente a obtenção do EIA/RIMA no presente caso e, sendo ele o competente para regular referida matéria, conforme determinado no mandamus obtido

44 ALVES, Domitila Duarte; SILVA, Cristiane Vieira de Mello. **Problemas Exegéticos do Mandado de Injunção**. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo-problemasexegeticosdomandadodeinjuncao.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

> em sede de liminar, justifica-se a impetração da presente medida. O fato do IBAMA não informar quais os procedimentos a serem adotados para obtenção do EIA/RIMA, com fundamento em que referido procedimento não possui norma que regulamente, contraria nossa Lei Maior (...).[45]

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, vale-se da sua produção de efeitos *erga omnes* como mérito, porém, responde apenas à legitimação restrita para o controle concentrado de constitucionalidade prevista no art. 103 da Constituição de 1988 e, com a opção do legislador brasileiro pela natureza declaratória da decisão em sede de A.D.O. para matérias de reserva legal – cabendo ao STF apenas dar ciência ao poder competente para que tome as medidas necessárias (art. 12-H da Lei n° 9.868/99) – fica aquém de seu potencial para fomento da efetividade constitucional. É possível observar a prevalência de uma visão estanque e dogmática da separação dos poderes, mais voltada à satisfação do ideal de uma independência do que propriamente da harmonia no exercício do papel constitucional inerente à cada função e mantida pelo delicado sistema de freios e contrapesos. Dessa forma, retém o alcance da jurisdicional constitucional em fomentar o processo democrático e cumprimento do conjunto de poderes-deveres atribuídos pelo constituinte, o respeito ao *fair play* por todos os poderes constituídos[46].

Encontram-se em trâmite na Corte Constitucional brasileira duas Ações Diretas que objetivam superar omissões constitucionais lesivas ao meio ambiente. Proposta pelos partidos políticos PSB (Partido Socialista Brasileiro), PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), PT (Partido dos Trabalhadores) e Rede Sustentabilidade, a ADO n° 59, proposta em 5 de junho de 2020 e distribuída à Relatoria da Ministra Rosa Weber, volta-se ao Fundo Amazônia, regulamentação de seus

45 Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15515306/mandado-de-injuncao-mi-197?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 set. 2022.

46 ELY, John Hart. **Democracy and Distrust –** A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 106.

órgãos e do repasse dos recursos financeiros aos projetos já aprovados, apontados como essenciais à conservação e desenvolvimento sustentável da Amazônia Legal.[47]

A ADO de n° 60, com mesma parte autora e de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, refere-se ao Fundo Clima, mecanismo de financiamento para mitigar mudanças climáticas, cuja gestão não teria sido organizada pelo governo federal, encontrando-se inoperante, razão pela qual os autores requerem que o Supremo Tribunal reconheça a inconstitucionalidade por omissão da chefia do Executivo federal, determinando-se à União tomar as medidas administrativas necessárias para o resgate de seu funcionamento.[48] Em decisão de 29 de junho de 2020, com publicação de 01/07/2020, o ministro Roberto Barroso admitiu a ação como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, destacando a relevância da matéria à luz da Constituição e de compromissos internacionais do Brasil, convocando a realização de audiência pública para apreciação da matéria, enfatizando que além de ser direito fundamental em si, o meio ambiente saudável é pressuposto para o acesso a outros direitos que integram o mínimo existencial humano e que são graves as consequências sociais e econômicas advindas de políticas que descumpram compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Registra ainda que, confirmada a situação fática descrita, depara-se com "estado de coisas inconstitucionais em matéria ambiental, a exigir providências de natureza estrutural. Vale reiterar: a proteção ambiental não constitui uma opção política, mas um dever constitucional".[49]

Em 21 de setembro de 2020, o ministro relator abriu audiência pública para analisar a captação de recursos para Fundo Nacional sobre Mudanças do Clima e sua destinação a políticas preservacionistas no Brasil, agora objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito

47 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5930766. Acesso em: 10 set. 2022.

48 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5930766. Acesso em: 10 set. 2022.

49 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343625717&ext=.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

Fundamental – ADPF – 708, abordando-se os principais problemas ambientais e o desenvolvimento sustentável, salientando ser a audiência instrumento para o debate plural e para se obter as informações adequadas sobre a realidade fática. As discussões, disponibilizadas em meios de comunicação e redes sociais, contariam com representantes do Poder Legislativo, ministros de Estado, *experts* em clima, acadêmicos, organizações da sociedade civil e de povos originários e seguiria pelo dia seguinte em virtude da complexidade do tema e da quantidade de participantes.[50] Expediente similar foi previsto para a já referida ADO n° 59, com audiência pública convocada pela ministra Rosa Weber para os dias 23 e 26 de outubro de 2020[51] – ação direta posteriormente convertida em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).[52]

A experiência corrobora o posicionamento de Mirra no sentido de que a Carta de 1988 desenha o

> Estado da democracia participativa em que a participação popular, impulsionada pela intervenção direta de indivíduos e cidadãos ou de entidades, instituições e órgãos representativos diversos dos partidos políticos e dos políticos eleitos, dá-se de maneira ampla e rotineira nos processos decisórios públicos e no controle das ações e omissões públicas e privadas que afetam toda a sociedade[53].

E aprofunda para demonstrar que a participação popular no processo decisório ambiental integra o núcleo jurídico-valorativo

50 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451974&ori=1. . Acesso em: 10 set. 2022.

51 Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=prevista. Acesso em: 10 set. 2022.

52 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5930766. Acesso em: 10 nov. 2022.

53 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Acesso participativo à justiça em matéria ambiental e o princípio da proibição do retrocesso. **Revista de Direito Ambiental,** v. 94, p. 20, abr./jun. 2019.

do direito fundamental ao meio ambiente, propiciando a adequada informação em matérias afetas, além da oportunidade de oitiva de grupos ou setores interessados e/ou afetados, possibilitando-se o acesso à justiça para defesa ambiental e a construção da efetividade do direito material ao meio ambiente por vias procedimentais que lhes são inerentes[54].

Abertura para a participação popular – além de ir ao encontro dos princípios democráticos e de efetivação da tutela ambiental – promove igualmente a função de legitimação da atuação jurisdicional em que se coloca em xeque conduta da gestão pública, notadamente, escolhas políticas que preterem a pauta ambiental e o dever de agir na execução de comandos normativos. Inobstante derivar do poder constituinte democrático e, portanto, gozar de legitimidade democrática sob o prisma formal na condição de intérprete e guardião da supremacia constitucional[55], a oportunidade de extrair de representantes dos poderes e da sociedade, bem como de especialistas sobre o tema informações e manifestações, confere ao Tribunal Constitucional o respaldo da transparência, da discussão plural e heterogênea, da construção jurisdicional em diálogo com a sociedade à qual se dirige, da satisfação do ideal da democracia substancial e da participação democrática também no exercício da função judicante[56]. A cautela contribui para repelir a dificuldade contramajoritária que serve de fundamento para críticas ao controle jurisdicional de atos dos demais poderes: em essência, o fato dos magistrados não serem eleitos pelo povo e do debate judicial não ocorrer nos espaços políticos adequados à oitiva das maiorias e minorias representadas[57].

54 Idem, p. 23.

55 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 533-536.

56 DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de Constitucionalidade e Cláusulas Pétreas Implícitas –** A irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente**.** São Paulo: Verbatim, 2015. p. 2013.

57 WALDRON, Jeremy. **A Essência da oposição ao judicial review.** *In:* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Coleção ANPR de Direito e Democracia – Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 93-157.

O antagonismo à efetividade dos comandos constitucionais não requer a completa abstenção do poder competente. A omissão inconstitucional pode ser absoluta, inexistindo qualquer disposição ou conduta imputada pela Carta Magna, ou relativa, quando comissiva a conduta, porém parcial e insatisfatória para a finalidade da obrigação imposta pelo constituinte. Omissões totais podem ser identificadas como omissão do poder constituído, ao passo que as omissões parciais refletem o silêncio ou insuficiência do ato de poder público – a exemplo da lei – sobre caso (ou casos) a que seria dirigido[58]. Defende Jobim que, "pelo aspecto da inefetividade da Constituição, a omissão do poder público deve ser vista como situação grave de injustiça", especialmente no que concerne aos direitos de dimensão social e sejam elas atribuídas ao Poder Legislativo, sejam ao Poder Executivo, reclamam o controle judicial e emprego de medidas concretas que visem ao exercício das devidas competências pelos poderes[59].

O princípio ambiental da proibição de insuficiência ou da vedação de proteção deficiente vai ao encontro do raciocínio exposto, conectando-se o dever de proteção – satisfatória e eficaz –, pois ao Estado não é conferida a faculdade para não agir na preservação do meio e satisfação dos direitos fundamentais que dele derivam, tampouco a possibilidade de atuar em frações parciais já que "tal atitude estatal resultaria, por si só, em prática inconstitucional, passível de controle judicial"[60]. O comando justifica, inclusive, a mais severa intervenção do Estado no espaço de liberdades, a *ultima ratio* da tutela penal, prevista pelo Constituinte e disciplinada pela Lei da Natureza ou Dos Crimes Ambientais (Lei n° 9.605/98), exprimindo a dupla dimensão da proporcionalidade no direito penal: limitar a intervenção do Estado

58 ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su control constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152.

59 JOBIM, Marcelo Barros. **Existem Omissões Constitucionais?** Um ensaio crítico sobre a relevância da função jurisdicional em face das omissões do poder público. Maceió: Viva Editora, 2013. p. 156.

60 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **O Direito Constitucional Brasileiro e a Governança Judicial Ecológica**: Estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista21/IngoThiago.pdf, acesso em setembro de 2020. p. 57.

no âmbito de liberdade individual pelos parâmetros de legalidade e garantir o bem jurídico em medida necessária e adequada a seu fim. Verbaliza, igualmente, a possibilidade da Ação Penal Ambiental ainda que realizado Termo de Ajustamento de Conduta entre a parte requerida e o órgão fiscalizador competente, posto o intento constituinte expresso no art. 225, parágrafo 3° da Carta magna, pela independência de instâncias e das esferas de responsabilidade ambiental[61], de forma a viabilizar a maior proteção possível ao meio ambiente (e/ou mecanismos para suprir eventuais deficiências).

Ao Poder Judiciário atribui-se a função de garantidor da proteção ambiental na análise do cumprimento das atribuições constitucionais pertinentes aos demais centros de poder, exercendo, assim, o seu papel democrático. Sarlet e Fensterseifer sustentam que na configuração pátria de um Estado Democrático, Social e Ecológico de direito, a condição de guardião de direitos fundamentais vincula todas as esferas de poder, inclusive o Judiciário, na promoção da tutela ambiental, cabendo-lhe muitas vezes atuar em caráter subsidiário operando via o controle judicial, para apreciar o cumprimento dos deveres impostos aos demais poderes, o que denominam de governança judicial ecológica, legitimada pela garantia de inafastabilidade da jurisdição no exame de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5°, XXXV) e pelos direitos ambientais procedimentais, a exemplo dos direitos de participação pública na tomada de decisões (Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992), incluindo-se nas ações que visem impugnar atos ou omissões de particulares ou de agentes públicos que atentem contra o meio ambiente[62].

Administrativamente, no exercício de sua função atípica justificada pela independência institucional, o Poder Judiciário

61 SILVA, Tagore Trajano Almeida; ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Brenda Capiña Botelho. A tutela penal do meio ambiente fundada no princípio da vedação à proteção insuficiente no Brasil. **Revista de Direito ambiental**, v. 96, p. 230, out./dez. 2019.

62 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **O Direito Constitucional Brasileiro e a Governança Judicial Ecológica:** Estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista21/IngoThiago.pdf. Acesso em: 10 set. 2022. p. 52 - 81.

submete-se às mesmas diretrizes da administração pública[63] quanto à observância e implemento das normas voltadas à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. No exercício da jurisdição, eventual omissão atribuível às suas decisões referentes à tutela do meio ambiente mune-se do sistema de recursos como expediente procedimental natural à busca pela tutela efetiva e prestação jurisdicional adequada, conscrita, igualmente, no poder-dever de oferecer às normas constitucionais o alcance de sua finalidade. Lunelli e Marin são enfáticos: "As crises do Estado ambientam a crise da jurisdição, que, empurrada pela necessidade de velocidade ingente, tem crescido em proporções gigantescas", indicando os muitos desafios da jurisdição no fiel desempenho de sua função constitucional de efetivação dos comandos de tutela ambiental, incluindo-se a inadequação de procedimentos e da própria concepção de institutos processuais clássicos que precisam ser adaptados para abandonar-se a aplicação acrítica de normas, assim como a visão estanque de bens jurídicos ambientais, abraçando-se a construção democrática da decisão ambiental[64], sem menosprezar as dificuldades e deficiências do sistema judiciário brasileiro que atingem as mais diversificadas áreas e comprometem a eficácia social dos preceitos associados à efetividade da jurisdição.

Como já observado no âmbito das políticas públicas essenciais, com destaque para o acesso a serviços e de saúde e medicamentos, a intervenção do Estado-juiz em searas ontologicamente políticas e qualificadas pelo espaço de discricionariedade é presente do direito brasileiro e, majoritariamente, reconhecida como legítima quando

63 FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Editora RT, 2005. p. 177.

64 LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. **Jurisdição ambiental**: a influência da jurisdição italiana e do sistema inglês no processo ambiental brasileiro**.** 2019, p. 119. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/jurisdicao-ambiental.pdf. Acesso em: 10 set. 2020. p. 119.

moderada e formalmente motivada pela interpretação e aplicação de regulamentação normativa – inclusos comandos constitucionais[65].

Não por isso, encontra-se imune às críticas quanto ao protagonismo que pode vir a assumir no processo decisório que flui entre espaços do direito, da política, da economia e/ou campos afins, como conotam-se questões ambientais. Brito emprega como ativismo judicial a "desconsideração da legalidade vigente em prol da decisão conforme a consciência do julgador" (p. 3), reputando que a ampliação da discricionariedade judicial não atende aos ideais democráticos quando desconsiderados os parâmetros de legalidade; entende não recair sobre a figura do julgador o papel de retificador da produção legislativa para que se adeque aos seus paradigmas de justiça, tampouco para criar restrições ou obrigações que a lei não estipula. Oferece como referencial crítico julgados do Superior Tribunal de Justiça em que a Corte decide manter a inversão do ônus da prova em desfavor da parte requerida (RE 1060.753/SP) – aplicando-se analogicamente o tratamento conferido pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6, VIII) – e o entendimento pela imprescritibilidade da ação para reparação de danos ambientais, com fulcro no art. 37, parágrafo 5° da Constituição de 1988 (Recurso Especial n° 1.120.117/AC), atribuindo a qualidade de inovação criativa do Judiciário por ausência de previsão ungida validada pela produção e procedimental do parlamento (2018, p. 134; p. 145; p. 146).

Sarlet e Fensterseifer fazem o contraponto pela consolidação do entendimento favorável à inversão do ônus da prova nas ações civis públicas de natureza ambiental, cujo ápice ocorre com a edição da Súmula n° 618 do STJ (a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental), identificando na postura judicante a ampliação do acesso à justiça ambiental, estimulando os princípios da informação e a participação da sociedade civil, apoiando-se nos princípios da interpretação sistemática e do diálogo das fontes, além

65 MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira. **Direito à saúde e acesso a medicamentos** – Em busca de parâmetros adequados para a tutela judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 178.

de fomentar a iniciativa para defesa do meio ambiente; trabalharia, assim, pela efetivação de direitos ambientais procedimentais[66]. A possibilidade de aplicação do CDC à esfera ambiental remete à natureza transindividual, especialmente em sua feição difusa, compartilhada pelos bens jurídicos em espécie, assim como pela índole do processo coletivo – notadamente à luz dos princípios do neoprocessualismo, isto é, do processo conformado à constitucionalização dos direitos – empregando-se a teoria do diálogo das fontes ou princípio do microssistema, a autorizar a aplicação integrada de leis, servindo uma como base conceitual para outras[67].

No que toca à (im)prescritibilidade da ação para ressarcimento ao erário dos danos ambientais, em 2018 o STF reconheceu a repercussão geral no exame do Recurso Extraordinário 654833 – que questiona o precedente do STJ citado acima – e, a despeito da extinção do feito sem exame de seu mérito, com fulcro no art. 487, III, b do CPC/2015, fixou a tese de ser imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental em meados de 2020[68]. No ensejo, discutiu-se o princípio da segurança jurídica, a favorecer quem se imputa como causador de dano ambiental diante da inércia do poder público e o aparente conflito entre princípios constitucionais de proteção, preservação e reparação ao meio ambiente a beneficiar a coletividade; ponderou-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a imprescritibilidade é exceção na pretensão reparatória e que inexiste disposição explícita sobre o prazo prescricional para reparação de danos civis ambientais. Decidiu-se, contudo, pela relevância e indisponibilidade da reparação do dano ambiental, assim como pela proteção integral do direito

66 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **O Direito Constitucional Brasileiro e a Governança Judicial Ecológica:** Estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista21/IngoThiago.pdf. Acesso em: 10 set. 2020. p. 80.

67 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Processo Civil – Processo Coletivo**. Vol. 4. 4ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 123.

68 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4130104, acesso em setembro de 2022.

ao meio ambiente, cabendo ao poder público dirigir todas as suas condutas nesse sentido.[69]

Longe de pacificar a discussão sobre o tema, a decisão do Tribunal Constitucional provoca inúmeras problemáticas. Antunes disseca o precedente para criticá-lo quanto à sua fundamentação genérica na proteção de direito fundamental à vida, na regra da prescritibilidade vigente no direito brasileiro com fulcro nos ditames de estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica e dever de agir do Estado na apuração e responsabilização de ilícitos e na natureza excepcionalíssima da imprescritibilidade a ser expressa, vez ser exceção. Vai além para – diante do caso concreto, a Ação Civil Pública cujo objeto era o desmatamento em área indígena localizada no Acre para fins de comercialização de madeira na década de 1980 – justificar a incidência da imprescritibilidade dos bens públicos e a incidência do art. 231, parágrafo 4° da Constituição, a ditar que as terras indígenas são indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis, tratando-se de regime jurídico especial, o que não teria sido o alvo da atenção jurisdicional. Opina contrariamente à jurisprudência inovadora, relembrando que a construção jurisprudencial incidente sobre o caso no STJ (REsp 1120117/AC) destaca não haver norma legal que preveja expressamente o alcance da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por dano ambiental e que a fundamentação no direito indisponível à vida, sustentando uma imprescritibilidade genérica com base em desdobramentos futuros não goza de substrato jurídico[70].

Não subestimando a necessidade de constante análise crítica quanto à interpretação e à aplicação do direito, bem como o princípio geral de cautela em apreço à segurança jurídica e aos valores que protege – previsibilidade nas relações jurídicas e proteção às liberdades – a tese consolidada pelo Supremo Tribunal Federal não destoa da

69 Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente, acesso em setembro de 2022.

70 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Meio Ambiente e Prescrição: de volta para o passado.** 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/04/27/meio-ambiente-e-prescricao/. Acesso em: 10 set. 2020.

interpretação evolutiva que vem construindo quanto ao alcance hermenêutico das previsões constitucionais e desdobramentos necessários para assegurar sua finalidade, equilibrando a intenção original do constituinte com a adaptação exigida pela dinâmica das relações sociais e jurídicas[71]. Para o tema, serve de exemplo o *leading case* do Recurso Extraordinário 852.475 que produziu a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.[72] Convém reafirmar que a problemática da legitimidade da jurisdição constitucional e de seus limites é tema de alta complexidade que permeia os mais diversos ramos jurídicos, não sendo possível findar os possíveis desdobramentos de sua análise.

A favor de sua legitimação, milita a posição de que o exercício da jurisdição constitucional que avança na tutela ambiental para assegurar-lhe efetividade encontra guarida na superação do formalismo para alcançar uma finalidade substancial, legitimando-se pela motivação das construções judiciais – da fundamentação adequada como critério de validade[73] – indo ao encontro dos ideais do neoprocessualismo para "construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional", equilibrando-se garantias do processo à efetivação da tutela, como propõe o formalismo valorativo[74]. Assim também opera a interpretação sistemática para se revelar o alcance de norma existente para reger hipótese não explicitada pelo legislador, munindo-se da analogia para suprir, via integração, possíveis lacunas[75] e, mais uma

71 BALKIN, Jack M. **Living Originalism.** Cambridge: Havard University Press, 2001. p. 277.

72 Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786. Acesso em: 10 set. 2022.

73 NETO, Nagibe de Melo Jorge. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça**.** Salvador: JusPodivm, 2017. p. 273.

74 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** – Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2011. p. 116.

75 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 144.

vez, do diálogo das fontes que incide nos microssistemas jurídicos voltados à proteção e à salvaguarda dos direitos transindividuais e indisponíveis.

Como ensina Krell, a defesa dos interesses ambientais, figurados como direitos difusos "atribui ao juiz a definição do *interesse público* na situação concreta, sendo essa função não passiva, limitada à análise de normas legais, mas ativa, com responsabilidade não apenas pela avaliação dos fatos, mas para assegurar um resultado justo e viável"[76]. À atuação jurisdicional não se pode imputar ingerência ou usurpação de competência alheia, lembrando-se que, pelo princípio da inércia da jurisdição, foi o Estado-juiz provocado a manifestar-se sobre a atuação ou omissão do poder público no exercício dos poderes constituídos e pela vedação ao *non liquet* não pode deixar de apreciar a demanda: quando controla atos dos demais poderes, na forma que a ordem jurídica lhe autoriza, opera com legitimidade no âmbito de suas competências constitucionais[77].

Pressupõe-se que os comandos constitucionais exigem de todas as esferas de exercício do poder público a conformação a seus preceitos e o agir ativamente para sua efetividade, perquirindo-se a maior produção possível dos efeitos apontados no intento constituinte; assim, ao oferecer garantias procedimentais para observância e efetivação da tutela ambiental, dirige-se ao Poder Judiciário função de controle no cumprimento dos deveres impostos pela Carta de 1988, ou seja, a missão de assegurar a eficácia jurídica e social da tutela ao meio ambiente como direito fundamental. O pronunciamento jurisdicional configura-se como derradeira etapa de política ambiental e, dessa forma, como consolidador do direito fundamental ali tutelado[78].

76 KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados** – Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 114.

77 KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A Proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo, v.** 270, p. 194, set./dez. 2015.

78 FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais.** São Paulo: Editora RT, 2005. p. 253.

Por fim, no complexo equilíbrio da separação das funções estatais, o controle recíproco dos poderes atende ao interesse democrático e corrobora as diretrizes de conjugação da soberania da vontade popular com a proteção dos direitos fundamentais. No contexto, também as decisões proferidas pelas mais altas cortes precisam legitimar-se, formalmente e materialmente – seja por meio das regras que validam seu procedimento, pela abertura à participação democrática, ou, fundamentalmente, pelo princípio da motivação das decisões a vincular todo o direito brasileiro – sob pena de ficarem sujeitas, igualmente, a uma crise de efetividade e/ou à reação adversária dos demais poderes constituídos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento constitucional oferecido à tutela ambiental repercute em todo o sistema jurídico para adequá-lo aos atributos de supremacia e imperatividade constitucional, vinculando o poder público em todas as esferas no exercício dos poderes constituídos – bem como particulares – a condutas em promoção da preservação ambiental. Ostenta o fundamento de inerência à vida e ao bem-estar humano, essencial à existência digna e ao desenvolvimento, nutrindo-se dos ideais de fraternidade para assegurar proteção das gerações presentes e futuras ao usufruto de seu bem jurídico.

O direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado é multifacetado. Sua natureza difusa não contradiz a condição de direito subjetivo. Da mesma forma, o viés programático, que impele o Estado a agir pela progressiva construção de uma tutela ambiental efetiva em todos os seus espaços de poder e campos de atuação, não impede a eficácia plena e aplicabilidade dos comandos constitucionais de pertinência ambiental. Ainda assim, mais de três décadas após a elevação do meio ambiente ao conjunto normativo que representa os valores mais caros ao Estado e à sociedade brasileira – após contínua consolidação em âmbito internacional – a adoção de um modelo

socioambiental como identidade político-normativa poderia padecer no campo da intenção constituinte, servindo apenas ao fito simbólico sem real produção de efeitos, não fossem os mecanismos do (neo) constitucionalismo para assegurar a efetividade da Lei Maior. Dentre eles destaca-se o controle de constitucionalidade, especialmente em sua faceta repressiva via controle judicial, para delimitar o exercício das atribuições ambientais pelo poder público e sociedade, repelindo excessos e/ou buscando superar os efeitos das omissões.

A inércia do legislador não pode servir de obstáculo ao usufruto do direito fundamental ao meio ambiente, seja pelo indivíduo seja pela coletividade; assistem-lhes instrumentos ímpares de defesa, a exemplo do Mandado de Injunção Ambiental e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sem prejuízo de outros caminhos oferecidos pelo sistema de freios e contrapesos que sustenta a organização política pátria – em constante e imprescindível aperfeiçoamento. À administração pública, o conjunto de atribuições em matéria ambiental não prescinde do espaço discricionário de escolhas políticas; todavia, o juízo de conveniência e oportunidade não faculta ao agente público o não agir em prol da preservação do meio ambiente, tanto no campo da execução de políticas públicas de tutela da natureza e de seus elementos quanto na fiscalização dos particulares para conformidade do exercício das liberdades aos ditames normativos ambientais, posto compartilharem com o Estado o dever de tutela e salvaguarda, cunhado pelo princípio da solidariedade presente no Estado de Direito brasileiro.

Na função de intérprete e aplicadora ulterior da Constituição, a jurisdição constitucional – ramificada por toda estrutura judicial no direito brasileiro, sob a modalidade do controle de constitucionalidade difuso, e concentrada no Supremo Tribunal Federal por meio das Ações diretas – é apresentada como expediente *mor* na busca pela efetivação das normas constitucionais, com sensível destaque àquelas protetoras de direitos fundamentais. Enfrenta, nada obstante, censuras históricas na atuação que intervém em espaços políticos: da ofensa à separação dos poderes à ilegitimidade dos julgadores para

manifestações ordinariamente protagonizadas por gestores ou pelo parlamento, eleitos diretamente pelo povo para condução dos debates políticos e dos interesses públicos. Nas mais pujantes críticas, está a atuação inovadora do Poder Judiciário brasileiro com protagonismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal e o impacto de suas decisões para todo o sistema jurídico, preenchendo espaços silenciados pela lei em sentido estrito, o que granjeia igualmente a seara do direito ambiental e vincula relações jurídicas dele oriundas.

A Constituição da República de 1988, como as demais Cartas de sua geração (neo)constitucional, deve ser compreendida como um sistema uno e harmônico de valores que coexistem, agregando interesses de ordem individual, coletiva e difusa em um conjunto de direitos fundamentais que está em constante expansão. O aparente conflito entre bens jurídicos dotados do *status* de direito fundamental exige apreciação cautelosa e contextualização, a fim de perquirir-se a possibilidade de hierarquia axiológica e/ou normativa a justificar a prevalência de um dos interesses na relação jurídica em tela. À jurisdição constitucional é atribuída à distinta missão pelo preceito de inafastabilidade da jurisdição como direito procedimental fundamental, como também pela função democrática de arbitrar o fiel exercício dos poderes constituídos, legitimando-se igualmente, pela abertura conferida à participação popular na construção das decisões de interesse social.

No cenário da tutela ambiental, inobstante a relevância de análises críticas da atuação judicante e da razoabilidade na adoção de um princípio geral de cautela para nortear a jurisdição constitucional, que desbrava o vácuo do campo político, vai-se ao encontro dos princípios orientadores do direito constitucional ambiental – notadamente voltados à eficácia social e à maior proteção – que demandam repelir as deficiências na prestação de políticas ambientais, ou mesmo a suprir a omissão no cumprimento dos deveres constitucionais, equacionando e redimensionando institutos tradicionais do direito positivo ao âmbito da constitucionalização dos direitos em que o núcleo de resguardo da dignidade humana prepondera.

O direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado como pressuposto para realização do mínimo existencial e eficácia do primado da dignidade denota-se como elemento de identidade constitucional na Carta de 1988, recebendo singular tratamento constituinte para qualificar o Estado de Direito Ambiental vigente e vinculante da atuação do Estado e da sociedade. Muitos ainda são os entraves para a consolidação dos ideais constituintes, sobretudo pela concomitância dos diversos interesses que interagem e quiçá antagonizam com a proteção e preservação dos recursos naturais. Nada obstante, aproximar o mundo dos fatos aos fins estipulados pela Constituição Ambiental é compromisso imposto aos indivíduos e à coletividade, aos poderes públicos em todas as suas atribuições e exige também dos aplicadores do direito buscar os caminhos de sua efetividade.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti (Org.) **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

ALVES, Domitila Duarte; SILVA, Cristiane Vieira de Mello. **Problemas Exegéticos do Mandado de Injunção**. 2013. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo-problemasexegeticosdomandadodeinjuncao.pdf, acesso em setembro de 2020.

AMIRANTE, Domenico (a cura di). **Diritto Ambientale e Costituzione**. Esperienze europee. Milano: FrancoAngeli, 2001.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Meio Ambiente e Prescrição**: de volta para o passado. 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/04/27/meio-ambiente-e-prescricao/. Acesso em: 10 set. 2020.

BALKIN, Jack M**. Living Originalism**. Cambridge: Havard University Press, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva: 2006.

BIM, Eduardo Fortunato; FARIAS, Talden. **Competência ambiental legislativa e administrativa**. 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517705/001055894.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 set. 2020

BOYD, David R. **The environmental rights revolution** – A global study of Constitutions, Human Rights and the Environment. Vancouver: UBC Press, 2012.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n° 140 de 8 de dezembro de 2011**. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei n° 13.300 de 23 de junho de 2016**. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm#:~:text=2%C2%BA%20Conceder%2Dse%2D%C3%A1%20mandado,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei n° 9.868 de 10 de novembro de 1999**. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n° 1.043 de 2020**. 2020. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141242 Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Injunção n° 197/DF**. Rel. Ministro Ari Pargendler. 2010. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15515306/mandado-de-injuncao-mi-197?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.071.741/SP** - 2T – Rel. Ministro Herman Benjamim, DJ. 24.03.2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&aca. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão** - **ADO n° 59**. Rel. Ministra Rosa Weber. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5930766. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO n° 60**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343625717&ext=.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 708**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=708&numProcesso=708. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário – RE 654833.** Rel. Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4130104. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário – RE 852475**. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786. Acesso em: 10 set. 2022.

BRITO, Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de. Direito ambiental versus justiça ambiental: crítica ao ativismo judicial em matéria de meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 89, p. 133-156, jan./mar. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** – Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de Constitucionalidade e Cláusulas Pétreas Implícitas** – A irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente. São Paulo: Verbatim, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Processo Civil** – Processo Coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2009.

EHRHARDTJR., Marcos. **Responsabilidade Civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (Coord.) **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust** – A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Aspectos da Funcionalização da Propriedade no Direito brasileiro. *In:* ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti (Org.) **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 124-147.

FARIA, Edilsom. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. *In*: LIMA, Francisco Meton Marques de; PESSOA, Robertônio Santos. (Coord.). **Constitucionalismo, Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 104-126.

FENTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente** – A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Justiça Federal** – Histórico e Evolução no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Editora RT, 2005.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rosie. **Livre para escolher**. Rio de Janeiro: 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HAYWARD, Tim. **Constitutional Environmental Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

JOBIM, Marcelo Barros. **Existem Omissões Constitucionais**? Um ensaio crítico sobre a relevância da função jurisdicional em face das omissões do poder público. Maceió: Viva Editora, 2013.

KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39-72.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A Proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados** – Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KRELL, Andreas J.; MAIA, Alexandre da (Org). **A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Francisco Meton Marques de; PESSOA, Robertônio Santos. (Coord.). **Constitucionalismo, Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. **Jurisdição ambiental**: a influência da jurisdição italiana e do sistema inglês no processo ambiental brasileiro. 2019. p. 119. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/jurisdicao-ambiental.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

MALHERO, Emerson Penha; BENATTO, Pedro Henrique Abreu. Mandado de Injunção Ambiental para a proteção de direitos fundamentais na sociedade da informação. **Revista de Direito Ambiental**, v. 89, p. 289-309, jan./mar. 2018,

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Acesso participativo à justiça em matéria ambiental e o princípio da proibição do retrocesso. **Revista de Direito Ambiental**, v. 94, p. 19-48, abr./jun. 2019.

MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira. **Direito à saúde e acesso a medicamentos** – Em busca de parâmetros adequados para a tutela judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. Bauru, SP: Edipro, 2009.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **Uma teoria da decisão judicial:** fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017.

ONU. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano.** 1972. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html. Acesso em: 10 jul. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Breves Reflexões sobre o Princípio da Função Social. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (Coord.) **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 37-62.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Hélio Pinheiro *et al.* (Coord.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Política**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *In:* BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 45-71.

ROCA, Guillermo Escobar. **La Ordenación Constitucional del Médio Ambiente**. Madrid: Dykinson, 1995.

ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Perspectivas dogmáticas do impeachment**. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.0.10.PDF. Acesso em: 10 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental** – Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. São Paulo: RT, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **O Direito Constitucional Brasileiro e a Governança Judicial Ecológica:** Estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista21/IngoThiago.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

SCHULZE-FIELITZ, Helmeth. La protezione dellámbiente nel diritto constituzionale tedesco. *In:* AMIRANTE, Domenico (a cura di). **Diritto Ambientale e Costituzione**. Eperienze europee. Milano: FrancoAngeli, 2001. p. 69-85.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Tagore Trajano Almeida; ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Brenda Capiña Botelho. A tutela penal do meio ambiente fundada no princípio da vedação à proteção insuficiente no Brasil. **Revista de Direito ambiental**, v. 96, p. 221-245, out./dez. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente** – Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WALDRON, Jeremy. A Essência da oposição ao judicial review. *In*: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Coleção ANPR de Direito e Democracia** – Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 93-157.

12. DECISÃO JURÍDICA COMO SISTEMA DE CONTROLE DO COMPORTAMENTO: NOTAS À MARGEM DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

Beclaute Oliveira Silva

INTRODUÇÃO

O presente estudo se volta a uma análise de parte da obra *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão e dominação* – de Tercio Sampaio Ferraz Júnior.

Longe de ser uma obra introdutória, como o título indica, é um livro de filosofia do direito e de teoria geral do direito. Não se trata de uma compilação, mas de trabalho de fôlego em que o autor demonstra erudição ao tratar de temas complexos e fundamentais à compreensão do fenômeno jurídico. Por essa razão, tornou-se livro de leitura obrigatória nos cursos de pós-graduação *stricto sensu*, já que inova ao tratar os problemas fundamentais do pensamento jurídico.

O presente estudo tem por objeto o item 6.1 da aludida obra, que tem por tema a "Teoria da decisão jurídica como sistema de controle de comportamento". São pouco mais de seis páginas de conteúdo denso, que exigem reflexão do leitor e de quem deseja se debruçar sobre a temática ali desenvolvida.

A análise do texto procurou seguir os passos do autor. O objetivo deste capítulo é fazer notas à margem de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, indo, por meio dele, encontrar os pormenores da teoria da decisão jurídica, enquanto técnica de controle do comportamento.

Para tanto, o trabalho será desenvolvido tomando o seguinte itinerário. Inicialmente, far-se-á a síntese de seu pensamento sobre o tema, estabelecendo suas premissas conceituais.

Fixado este ponto de partida, será analisado o que Tércio Sampaio entende por conflito, enquanto pressuposto para a decisão

jurídica. Neste tópico, será analisado o conflito sob o prisma da lide e o conflito sob o prisma lógico aristotélico.

No item subsequente, será desenvolvido o tema motivação, que vem a ser o pressuposto da produção da decisão judicial. Ele terá por consequência a exposição sobre a decisão jurídica, como resposta dada pelo sistema jurídico às situações de incompatibilidade indecidíveis, transformada em alternativas para a tomada de decisão.

PENSAMENTO DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR SOBRE A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA

A produção do conhecimento só se torna possível com a inegabilidade do ponto de partida. Esse ponto de partida pode ser categoria indefinível, tal como o zero para a aritmética, o ponto para a geometria, Deus para a teologia e a ficção de que todos conhecem o direito para a dogmática.

Quando se analisa a dogmática analítica, o saber jurídico se vale de um importante ponto de partida: a validade. A validade é vista, na obra do Tercio Sampaio Ferraz Jr., não como um atributo do ato jurídico (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico), no sentido pontiano, por exemplo,[1] mas no sentido kelseniano,[2] como uma relação de pertinencialidade a um determinado sistema jurídico positivo.[3] Ela tem a função de identificar o que é direito. É um conceito relacional. Uma norma é jurídica se pertencer a um determinado sistema jurídico vigente. Por exemplo, a monarquia já fez parte do sistema jurídico pátrio, pois tinha relação de pertinência com o modelo constitucional de 1824. Desde a Constituição de 1891, essa categoria não mais pertence à ordem jurídica pátria.

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado.** São Paulo: RT, 1983. p. 3-7.

2 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Coimbra: Ed. Coimbra, 1979. p. 267-309.

3 VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** São Paulo: Saraiva, 2000. p. 12.

Pode-se afirmar que estudar a monarquia no Brasil, atualmente, não teria relevância dogmática, embora possa ser objeto de análise para a política ou a história do direito. Direito revogado é relevante para análise histórica, pois deixa de prescrever, ou seja, de regular o modo de dirigir o comportamento.

Quando o olhar mira a dogmática hermenêutica, o ponto de partida para a decidibilidade é o sentido jurídico. Ele é veiculado mediante a intepretação. A busca pela interpretação verdadeira – única – abre-se para a interpretação divergente e para a mais complicada questão: como se obtém a decisão prevalente?

Por se tratar de um como se obtém ou um como fazer, este conhecimento se apresenta como tecnologia, por ser um instrumento para a ação.[4] Nesse contexto, da dogmática como tecnologia, a preocupação não é só descrever a decisão jurídica como realidade, mas estabelecer regras de como ela será produzida.[5] Embora o pensamento tecnológico possua alguma coisa de prescritivo, "ele não se opõe à ciência, mas a prolonga, realizando operações transformadoras consistentes na relevância atribuída a certas conclusões das teorias científicas para soluções de problemas práticos".[6]

A decisão, saliente-se, não se circunscreve à decisão judicial, mas a toda e qualquer decisão produzida pela esfera jurídica (plano legislativo e plano administrativo).

Sair da descrição para compreender o modo de ação é fundamental na obra de Tercio Sampaio. Para além de saber o que ela é como produto, preocupa-se com o modo de sua produção. Para tanto, um elemento fundamental é a ideia de conflito. O direito se vale da decisão para se inserir no universo da convivência humana,

4 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007. p. 84.

5 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007. p. 324.

6 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

que é um "sistema de conflitos intermitentes".[7] Esse iter, do direito à produção da decisão, deve ser o objeto da preocupação da dogmática da decisão jurídica.

A preocupação, no entanto, não está na existência de uma decisão correta, mas da decisão prevalecente que irá se impor e conformar juridicamente a convivência conflituosa.

Outra importante questão levantada pelo autor é a ausência de uma teoria geral da teoria da decisão acabada. Há estudos parciais veiculados pela teoria geral do direito, teoria do método, teoria do processo, teoria da legislação etc. Em que pese ser ela uma questão central, seus estudos ficaram geralmente relevados a estudos de legitimidade do poder que decide, técnicas decisórias legislativas, administrativas ou jurídicas.[8]

No intuito de conferir sistematicidade ao estudo, Tercio Sampaio passa a examinar os conceitos jurídicos tradicionais sobre o tema, para mostrar os caminhos de seu tratamento e, depois, o modo de sua operacionalização.

Historicamente, a ideia de decisão estava ligada a processos deliberativos, definidos como "estados psicológicos de suspensão do juízo diante de opções possíveis".[9] Nesse contexto, o ato decisório surge como um ato final, em que uma das possibilidades é escolhida, excluindo-se as demais.[10]

Modernamente, o ato decisório se manifesta como um processo denominado aprendizagem. Esse processo é complexo, já que formado por impulso, motivação, reação e recompensa. O impulso é decorrente da existência do conflito. Já a motivação equivale às incompatibilidades encaradas como conflito. Reação é a resposta. Recompensa é o objetivo.[11]

---

7 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 324.

8 Idem, p. 325.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 Ibidem.

Embora a recompensa seja o objetivo do aludido processo de aprendizagem, o momento mais relevante é a resposta. Há nela a pretensão de satisfação imediata, já que "propostas incompatíveis são acomodadas ou superadas",[12] como também há pretensão de satisfação mediata, ou seja, enfrentam-se incompatibilidades de segundo grau relativas às próprias pretensões de satisfação imediata. Há, no caso, expectativas grupais, sociopolíticas, econômicas e jurídicas *stricto sensu*.[13] A decisão, nesse contexto, não é uma ilha, pois imersa em complexidade comunicacional.

Descarta-se a ideia de a decisão ser uma reparação equitativa ou uma mera recomposição. Essa ideia pressuporia a inexistência de um conflito e, portanto, a ausência da necessidade da própria decisão, que é escolha entre possibilidades.[14]

A decisão se dá sobre alternativas incompatíveis. As incompatibilidades não são aparentes. Por essa razão, a função da decisão acaba por absorver insegurança. Essa absorção implica transformação de incompatibilidades indecidíveis em possibilidades de decisão. Essa decisão, no entanto, poderá gerar novas incompatibilidades. Por tal razão, a decisão não elimina o conflito, mas o transforma.[15]

A ideia de decisão jurídica, como já dito, está vinculada à ideia de conflito que surge em decorrência de interrupções no processo de interação social. Essa interrupção implica expectativas desiludidas e pode decorrer da não emissão da mensagem ou quando, uma vez emitida, o destinatário recusa-se a recebê-la. A decisão possibilita a exigibilidade de uma emissão ou de uma recepção. Esse órgão que decide é um terceiro comunicador institucionalizado.[16]

As normas jurídicas qualificam o conflito de forma binária através dos esquemas: lícito/ilícito, permitido/proibido, legal/ilegal

12 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 326.
13 Ibidem.
14 Ibidem.
15 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 327.
16 Ibidem.

etc.[17] A complexidade social faz com que esse conflito ganhe nova dimensão ao levar o dissenso sobre a própria estrutura (ex.: a lei que determina que pague tributo é constitucional?). O conflito não é só conforme a norma, mas pode atingir o próprio procedimento que veiculou a norma.[18] Algo relevante se coloca com relação ao conflito: ele termina. Mas não o elimina, apesar de impedir sua continuação.[19]

Outro ponto salutar é que a decisão jurídica exerce poder de controle, aqui considerado como poder de decidir conflitos institucionalizados pela norma. Esse controle é visto no sentido de poder-dominação. O poder aparece na dicotomia poder-força *versus* poder-jurídico. O primeiro, como algo que pode colocar em risco o próprio direito, aparece como força bruta. O poder-jurídico surge como arbítrio modalizado pela obediência e em conformidade com as leis. Os teóricos do Direito preferem essa segunda versão. No entanto, a dogmática da decisão deve levar em consideração as duas faces do poder.[20]

O controle ocorre sob duas dimensões: a interna e a externa. Reputa-se interna a que veicula o controle com base nos instrumentos fornecidos pelo sistema normativo – controle-disciplina. Considera-se externa aquela decorrente de instrumentos trazidos pela retórica ao sistema jurídico – controle-dominação. Esses dois aspectos expressam, respectivamente, o poder de direito – dimensão interna – e o poder de fato – dimensão externa. Para o primeiro, há a teoria dogmática da aplicação; para o segundo, a teoria dogmática da argumentação jurídica.[21]

Embora sejam distintas, são complementares e, por isso, substanciais para uma teoria da decisão.

17 Ibidem.

18 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 328.

19 Ibidem.

20 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 328-329.

21 Idem, p. 329-330.

CONFLITO COMO PRESSUPOSTO PARA DECISÃO: IMPULSO *CONFLITO É LIDE?*

Com relação à decisão, o impulso é entendido como ponto de partida e é identificado como a questão conflitiva.[22] Para isso, deve-se entender o que o autor compreende por conflito.

Esse conceito, na teoria processual, é bastante recorrente, máxime na teoria carneluttiana de lide. Por esta razão, faz-se necessário estabelecer qual o sentido empregado para o referido ponto.

A ideia de conflito, principalmente na teoria processual da decisão, está ligado ao conceito de conflito de interesse, também denominado lide. Um dos pontos compositivos da categoria é a palavra interesse, que provém da expressão latina *quod inter est* – "aquilo que está entre". Essa expressão indica uma relação,[23] além de, hodiernamente, indicar utilidade, proveito, vantagem.[24]

Esse interesse aparece como um ponto entre uma relação tensionada, a saber, a relação entre necessidade e bem da vida. Se de um lado há necessidades primárias, comuns aos seres vivos, como comida e bebida, o homem cria novas necessidades. Surgem as necessidades secundárias, como habitação e vestuário; terciárias, como a arte (culinária, arquitetura, etc.); e quaternárias, etc.

Se de um lado as necessidades são ilimitadas, os bens aptos a satisfazer tais necessidades são limitados. Esse limite pode ser fático – não há bens suficientes – ou pode ser sociojurídico e econômico – um conjunto de bens da vida faticamente suficientes, mas que em face da possibilidade de acumulação, pertencem a um ou poucos indivíduos,

22 Idem, p. 325.

23 CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 1999, p. 88.

24 CAUDAS AULETE. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: ed. Delta, 1958. p. 2.768.

com a exclusão dos demais. A razão do conflito seria a escassez.[25] A função do bem, nesse contexto é utilitarista.[26]

A "lide é conflito que deflagra em um contraste de vontades".[27] Noutra passagem, "a lide pode se definir como um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida)".[28] O bem é o objeto da lide.[29] Destaque-se que a pretensão consiste na exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio.[30]

É importante registrar que em Tercio Sampaio, a razão do conflito não se restringe à questão da escassez, mas está atrelada a interrupções no processo de interação social.[31]

O conceito de lide em Carnelutti possui total relação com a ideia já clássica de direito subjetivo desenvolvida por Ihering, que a define como "interesse juridicamente protegido por meio de uma ação judicial".[32] Assim, o direito equivaleria a um tipo qualificado de interesse. Por outro lado, haveria interesse que não implicaria direito subjetivo. Adverte Tercio Sampaio que esse conceito, além de ser demasiadamente privatista, já que regido pela autonomia da vontade, não serviria para explicar o âmbito do direito penal, por exemplo. Não haveria um interesse ao crime que se contrapusesse ao interesse da comunidade. Também não explicaria os direitos transindividuais, o direito de votar, etc.[33]

25 CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. *Op. cit.*¸ p. 96-97.

26 VERNENGO, Roberto J. **Curso de teoría general del derecho.** Buenos Aires: ed. Depalma, 1995. p. 232.

27 CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. *Op. cit.*¸ p. 109.

28 CANELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** São Paulo: Classic Book, 2000. p. 78.

29 Idem¸ p. 80.

30 Idem¸ p. 78.

31 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 327.

32 IHERING, Rudolf von. ***L'Espirit du droit Romain***, v. 4, p. 317, 316 a*pud* BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao direito.** São Paulo: RT, 1968. p. 843.

33 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 148-149.

Dessa forma, não se pode pensar o conflito de interesses a partir da ideia de interesse juridicamente protegido, isso porque ela pressupõe a existência de uma solução correta preestabelecida, cabendo ao direito apenas recompor a ordem violada pela conduta indevida do oponente. A decisão apenas declararia a solução já posta no sistema. O conflito se apresentaria, neste contexto, tão só como um mero desequilíbrio transitório decorrente da conduta indevida do oponente. Tratar-se-ia de um conflito aparente, já que a proteção se revela como algo que já ocorreu, pois o verbo proteger está no particípio passado: protegido. A decisão somente seria um retorno ao passado, visando um restabelecer.

Por essa razão, na teoria de Tercio Sampaio, o conflito não aparece nos moldes da lide carneluttiana, pois não tem por cerne a escassez de bens; tampouco a teoria de Ihering, já que o direito impõe resposta que não é correta, mas a que seja prevalecente.[34] Não há pretensão de certeza em sua teoria, mas de término.

Outra forma de ver o conflito pode ser analisada através da questão das proposições antagônicas, nosso próximo tópico.

CONFLITO COMO POSIÇÕES ANTAGÔNICAS

O Direito não é linguagem, mas se manifesta através dela.[35] O problema da decisão não foge do aludido pressuposto. Analisando o antagonismo, sob esse prima, pode-se verificá-lo dentro do quadro das oposições. Inspirado no estagirita,[36] as proposições, em suas inter-relações, aparecem dos seguintes modos: (A) afirmações universais – 'todo S é P' –; (E) negação universal – 'nenhum S é P' –; (I) afirmação particular – 'algum S é P' –; (O) negação particular – 'algum S não é P'.

As relações entre as proposições podem ser assim construídas:

34 Idem., p. 324.

35 CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje**: un análisis lógico. Barcelona: Ariel, 1968. p. 28-29.

36 ARISTÓTELES, **Órganon**. Bauru-SP: Edipro, 2005. p. 86-110.

a – Proposições contrárias (A↔E): trata-se de proposições universais que se diferem pela qualidade afirmação e negação. Exemplo: "todos os homens são negros" (A) e "nenhum homem é negro" (E);

b – Proposições subcontrárias (I↔O): trata-se de proposições particulares que se diferem pela qualidade afirmação e negação. Exemplo: "algumas mulheres são brancas" (I) e "algumas mulheres não são brancas (O);

c – Proposições subalternas (A↔I e E↔O): trata-se de proposições que se diferem pela quantidade, ou seja, pelo número de sujeitos que estão relacionados. Exemplo 1: "todas as mulheres são racionais (A) e "algumas mulheres são racionais' (I). Exemplo 2: "nenhum homem é branco" (E) e "alguns homens não são brancos" (O).

d – Proposições contraditórias (A↔O e E↔I): trata-se de proposições que se diferem pela qualidade e quantidade. Exemplo 1: "todos os homens são brancos" (A) e "alguns homens não são brancos" (O). Exemplo 2: "nenhuma mulher é negra" (E) e "algumas mulheres são negras (I).

Essas relações geram algumas conclusões:

a – Regra das contrárias: duas proposições contrárias não podem ser simultaneamente verdadeiras, no entanto ambas podem ser falsas;

b – Regra das subcontrárias: duas proposições subcontrárias não podem ser falsas ao mesmo tempo;

c – Regra das subalternas: se a universal for verdadeira, a particular é falsa;

d – Regra das contraditórias: duas proposições contraditórias não podem ser simultaneamente verdadeiras ou falsas.

A proposição verdadeira/falsa, no apofântico ou no alético – modo descritivo –, ganha, no deôntico – modo prescritivo ou do dever-ser

–, a valência válido/inválido. Validade é relação de pertinência ao sistema.[37]

As antinomias no mundo fático são ineliminâveis. Ao ingressar no mundo jurídico pela porta da normatividade, essas antinomias se transformam em possibilidades para decisão. Nestes termos, as proposições devem ingressar no sistema como possibilidade para a construção de uma solução que irá regular conduta. Embora as proposições sejam postas por agentes distintos, eles são integrantes do conflito. Quem decide, no entanto, é um terceiro.[38] Isso fica bastante claro no processo judicial, por exemplo.

No processo administrativo, o julgador torna-se terceiro, já que é obrigado a decidir com imparcialidade. Já no processo legislativo, essa questão fica mais complexa, no entanto a ideia da maioria, no parlamento, faz com que os interesses individuais dos proponentes sejam substituídos pela vontade da maioria, que irá funcionar como terceiro.

Trazendo a questão para o quadro dos conflitos judicializados, a vedação ao *non liquet* impõe ao sistema a necessidade de uma decisão. O conflito sempre reclama uma decisão,[39] pois a anomia, numa situação de conflito, instaura insegurança, o que o direito pretende equacionar.

Analisando os quadros das oposições, no plano deôntico, é possível construir as seguintes possibilidades.

Com relação às proposições contrárias, relação entre universais, há duas situações antagônicas: apenas uma é válida; e ambas são inválidas. No primeiro caso, haveria decisão. No segundo caso, não haveria decisão, já que ambas são inválidas. Se não é possível a decisão, não há conflito. Teríamos assim um sem-sentido deôntico.

Outra questão: duas proposições contrárias não podem ser simultaneamente válidas. Se fosse possível, haveria uma antinomia real. Como é cediço, as regras de solução de antinomias servem para

37 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 324.
38 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 327.
39 Idem, p. 325.

solver conflitos aparentes, já que indicam apenas uma proposição válida para o caso, seja por conta do critério hierarquia, especialidade ou temporal (cronológico). Quando há antinomia não se afirmam: as duas são válidas, mas se defende que uma é necessariamente válida, já que a outra deverá ser excluída, por isso a antinomia é posta como aparente. Se o conflito é aparente, não haveria necessidade de decisão.

Analisando as proposições subcontrárias, uma delas deverá ser descartada (falsa, na linguagem apofântica). Neste caso, a decisão é possível e o antagonismo existe.

Tomando como ponto de partida de relações subalternas, uma delas será acatada e haverá decisão; por isso, posições antagônicas ocorrem.

Situação análoga ocorre com relação às proposições contraditórias, já que não podem ser simultaneamente válidas e inválidas (verdadeira e falsa, na linguagem apofântica). Portanto, uma decisão pode ser veiculada, logo há antagonismo.

Sintetizando e valendo-se da tábua das oposições, no plano deôntico, as posições antagônicas se transformam em conflitos que reclamam decisão, salvo na hipótese das proposições contrárias, quando ambas forem inválidas (falsas, no plano alético ou apofântico).

Embora a decisão tenha o condão de estabelecer a escolha entre proposições em conflito, cada proposição, antes da tomada de decisão, é válida, já que ingressa no sistema como proposição jurídica. Exemplo interessante encontra-se no processo judicial em que proposições antagônicas são veiculadas através da petição inicial e da contestação, do recurso e da contrarrazão. Esses veículos tornam incompatibilidades em alternativas no processo gerativo da decisão jurídica, no caso, a judicial.

Percebe-se que quando se fala em conflito – interrupções no processo de interação social –, na perspectiva de Tercio Sampaio, as situações de incompatibilidade se enquadram no quadro das oposições, de Aristóteles, salvo as exceções apontadas, em que a dissonância não é possível.

Estabelecido o que se entende por conflito, bem como sua demarcação lógica, na tábua de oposições, passa-se à análise da motivação, que acaba por ser o móvel para produção da decisão jurídica.

MOTIVAÇÃO

Na teoria da decisão, o capítulo motivação é um aspecto relevante. Deve-se destacar que ela não é tratada como sinônimo de justificação – as razões que legitimam uma decisão. Ela vem a ser o motor apto a iniciar o processo de produção da decisão jurídica.

A necessidade de uma resposta diante das incompatibilidades faz com que estas sejam vistas como conflitos.[40] As incompatibilidades tornam-se conflitos, uma vez que a decisão deve se apresentar como resposta.

No direito, a motivação se apresenta como a base fundamental das regras de estrutura ou de competência – aquelas que estabelecem como outras regras serão produzidas.[41] Elas são as portas de ingresso das antinomias. Elas as transformam em possibilidades.

As regras de competência estabelecida na Constituição fixam para o órgão legiferante a faculdade de legislar, em regra, e a obrigatoriedade de legislar, em alguns casos. As incompatibilidades, no plano metajurídico – social, econômico, político, religioso, etc. –, impõem ao legislador a necessidade de solução. A regra que irá abarcar tal necessidade é uma regra de competência, no modal facultativo. Legisla-se se quiser. O Direito tem assim mecanismo capaz de tornar incompatibilidades metajurídicas em decisões no plano dogmático,

40 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 325.

41 BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 30-34.
IVO, Gabriel. **Norma Jurídica**: Produção e Controle. São Paulo: Noeses, 2006. p. 4.

como quando regula condutas no trânsito, na economia, na política, etc.

O modal facultativo se dá também quando o constituinte atribui uma competência, mas não estabelece a obrigatoriedade de legislar, como se dá na previsão para a criação de imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, da CF/88).

Por outro lado, as regras constitucionais podem impor a necessidade de o órgão legiferante introduzir novos textos legislativos (ex.: regulamentação da greve no serviço público – art. 37, VII, da CF/88). No caso, tem-se o modal obrigatório, pois a incompatibilidade se dá no plano intranormativo e pode até mesmo ser judicializada através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88) ou por mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88).

Saindo do campo legislativo, percebe-se que a Constituição e as leis impõem ao Poder Executivo a necessidade de decidir. Esta necessidade se dá no plano intranormativo, bem como na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) e demais textos legislativos (lei do processo administrativo da União, dos Estados etc.).[42]

A motivação, no campo judicial, decorre de duas importantes regras: a regra de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88) e a vedação ao *non liquet* (art. 140 do CPC/15). A motivação no plano jurídico é normativamente regulada. Assim como o processo administrativo, o processo judicial sofre a necessidade de observância da norma do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) e demais regras da legislação processual.

DECISÃO JURÍDICA

As ciências duras (física, matemática, etc.) lidam com problemas que reclamam soluções certas ou erradas. A dogmática jurídica não lida com problema, mas com dilemas, trilemas, quadrilemas, etc. Eles não produzem respostas corretas, mas respostas possíveis e

42 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 327.

contraditórias. Os conflitos são dilemas ou trilemas, etc. Eles ofertam possibilidades de resposta.

Como já assentado, as interações sociais estruturam-se linguisticamente. Os conflitos também. Nesse contexto, deve-se ater às pistas que as estruturas da linguagem fornecem para poder compreender o fenômeno jurídico, no caso, do conflito e da decisão jurídica.

As palavras expressam pensamentos. Os pensamentos têm seus segredos. As palavras também, mas elas deixam em seu traço os passos que nos levam a decifrá-los. Quando se analisa a palavra decisão, percebe-se que ela possui um radical "cisão", do latim *cissi* – fendido, rachado –, que também significa ato de cindir, separar, cortar, dividir. A expressão decisão implica uma escolha entre proposições separadas e opostas. Decidir vem do latim *decidere* – "*de*" (fora) + "*caedere*" (cortar). Decidir seria cortar uma das possibilidades.[43] Eis as pistas que a expressão "decidir" nos dá. Pistas explícitas, mas escondidas nas brumas de sua história. A ideia de cortar é tão forte que tanto a deusa grega da justiça, Dice ou Diké, e sua versão romana, Iustitia, carrega em uma das mãos uma espada, instrumento que simboliza aquilo que corta, que cinde, que decide.

Cortar fora uma das possibilidades parte da ideia necessária de que a proposição que fora desprezada, antes se apresentou como possibilidade, por isso poderia ser a posição colhida, acolhida, escolhida. Fica sempre claro que a colheita ou a escolha é um ato de poder.

Nesse contexto, as diversas possibilidades não são problemas, pois não reclamam resposta correta; são dilemas ou trilemas, etc. Ademais, elas miram o devir, pois o Direito tem por função regular como os comportamentos devem ser, e não como eles foram ou são. O que foi ou o que é não importa para decisão que se preocupa com o que

43 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 325.

deve ser, o futuro que não é, mas pode ser.[44] O passado e o presente se descreve, não se prescreve.

Necessário registrar, sempre, que o direito não descreve, prescreve. Pode-se afirmar que o antecedente da norma tem estrutura descritiva. Sim, mas com intuito de prescrever, no consequente, a conduta. A prescrição está na norma como um todo, porém sua formulação tem seu ápice no preceito ou no consequente da norma, já que lá a conduta é regulada. Registre-se que a descrição do antecedente não tem pretensão de verdade, mas de validade, pois está no domínio do deôntico. Pode ter até estrutura sintática idêntica ao plano alético, mas não comunga de suas valências (certo/errado ou verdadeiro/falso), já que pertence ao campo da prescritividade.

Assim, a expressão "matar alguém", embora possa ter estrutura descritiva, funciona como antecedente da norma que irá estabelecer uma consequência normativa, caso a hipótese venha a ocorrer. Isso também acontece quando a sentença estabelece "fulano matou alguém". Essa descrição será a base para se estabelecer o preceito. Por isso, essas possibilidades aqui expostas não possuem caráter descritivo. Essa premissa é relevante para entender que as proposições antagônicas que se transformam em conflito possuem função prescritiva.

O Direito absorve as proposições antagônicas mediante procedimento que juridiciza o conflito. Por esta razão, as proposições antagônicas possuem pretensão de validade. Elas se colocam como aptas a funcionar como decisão jurídica. São elas projetos de decisão, pois se propõem a funcionar como solução para o conflito.

As normas de estruturas acabam por tornar jurídicas as proposições antagônicas. No processo civil, as propostas são veiculadas na petição inicial e na contestação, por exemplo. No processo legislativo, as proposições são veiculadas pelos agentes legislativos (legisladores e demais órgãos com poder de iniciativa – chefe do

44 CASTRO JR.,Torquato. Notas de aula ministrada na disciplina "Lógica Jurídica", no curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, primeiro semestre de 2007.

Executivo, chefe do Poder Judiciário, etc. – e órgão como poder de sanção e veto). No âmbito administrativo, as proposições antagônicas são veiculadas no processo administrativo, em sentido amplo.

A decisão é a reação sistêmica ao conflito. Ela será uma aposta no melhor resultado.[45] Não tem um padrão de certeza, como já assentado, pois o futuro não é, pode ser, mas produz uma resposta capaz de absorver a insegurança que o conflito introduz no sistema.

A imprecisão quanto ao devir torna as incompatibilidades insanáveis atuais, no presente, em possibilidades para o devir. Este é o papel do Direito: regular o comportamento futuro a partir de escolhas feitas entre situações antes incompatíveis.

O ato de decidir tem o condão de transformar incompatibilidades em alternativas.[46] Assim, "B deve a C" e "B não deve a C" são incompatibilidades que se tornam possibilidades, no bojo do conflito, para a decisão. Uma delas será escolhida. A escolha ultimada pode vir a gerar novas incompatibilidades, como se dá no recurso, no processo judicial ou no processo administrativo, por exemplo.

Além disso, a absorção da insegurança, decorrente do ato decisório, não implica obtenção de harmonia ou de consenso, como se o fim da decisão fosse eliminar o conflito. Noutros termos, o conflito não é eliminado pela decisão, pois, caso fosse, não se precisaria dela, mas de mera adoção da solução, já implícita nas premissas, como pensada na concepção da escola exegeta do Direito, onde o juiz seria mera boca da lei.

Trocando em miúdos: "Se todo homem é mortal" (premissa maior) e "Sócrates é homem", a solução consistiria apenas em eliminar o termo médio "homem", e a solução saltaria necessariamente das premissas, "Sócrates é mortal". Não é o caso. Esse modo de solução através de silogismo pode até ser a forma estética de se apresentar a decisão, mas o que a torna decisão é quem escolhe as premissas e estabelece a conclusão. Assim, uma decisão decorre da escolha entre

45 ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal**. Florianópolis: Ed. Empório Modara, 2017. p. 11.

46 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 327.

incompatibilidades indecidíveis, tornadas alternativas decidíveis no bojo do procedimento. Na precisa lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr., como já registrada, "decisões, portanto, absorvem insegurança, não porque eliminem o conflito, mas porque o *transformam*".[47]

A decisão, no campo do Direito, termina o conflito. Não o elimina, embora impeça sua continuação. Esse limite é uma característica própria do Direito, que não aparece na política, na religião, etc. No Direito, ele não pode ser retomado indefinidamente. Regras procedimentais fecham essa possibilidade de rediscussão. A mais importante regra de fechamento seria, no campo judicial, a coisa julgada. Mas pode ser retomado, desde que previsto em procedimento próprio que irá implicar fechamento, ao final. No processo legislativo, esse ato terminal se dá com a edição da lei. Ela permanece até que outra lei venha retirar sua voz – (re)vogar – ou surja um processo de invalidação mediante controle de constitucionalidade. No processo administrativo, fechamento se dá com a coisa julgada administrativa; se for o caso, pode ser veiculada na via judicial.

A tomada de decisão é exercício de poder de controle, já que este torna as incompatibilidades um modo de dirigir as condutas num determinado sentido. Esse controle é interno – toma por base o aparato procedimental do exercício do aludido poder (controle-disciplina), como também externo – no que diz respeito aos instrumentos que a retórica traz para o sistema, no intuito de justificar a tomada de decisão.[48]

CONCLUSÃO

A questão da decisão jurídica não se circunscreve ao âmbito da decisão judicial, embora haja uma preocupação atual significativa neste campo. A análise feita por Tercio Sampaio Ferraz Jr. vai além e busca construir as bases de uma teoria da decisão judicial. Essa teoria

47 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 327.
48 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** *Op. cit.,* p. 329.

se apresenta como saber tecnológico, já que pretende estabelecer um como-fazer.

Assim, na tecnologia há um saber que não se preocupa só em descrever, mas em estabelecer bases para o fazer. Tem, de certo modo, pretensão prescritiva.

A decisão jurídica é produto de uma complexidade procedimental. Essa complexidade nasce do impulso, denominado motivação. Ele vem a ser a existência de situações incompatíveis que reclamam decisão. Essa incompatibilidade se torna conflito, na medida em que se transformam incompatibilidades em alternativas para a tomada de decisão.

Para isso, o Direito procura, mediante regras próprias, tornar as incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis. Noutros termos, as incompatibilidades indecidíveis geram insegurança e impasses que serão absorvidos pelo sistema e transformados em alternativas aptas para a solução. A solução não tem a pretensão de correção, senão de introduzir no sistema uma forma de regular a conduta. Ela irá veicular decisão válida, que surge com a pretensão de ser a melhor, já que busca oferecer satisfação no ambiente em que é inserido.

A decisão funciona como modulador dos comportamentos futuros, porque esta é a função do Direito: regular o futuro que não é, mas pode ser. Por esta razão, a imprecisão quanto ao futuro apresenta-se como incompatibilidade indecidível e portadora de insegurança, que se transforma em possibilidade para o devir. Uma ou outra pode servir de critério regulatório na decisão. Cabe ao órgão que irá exercer o poder escolher entre essas possibilidades a melhor decisão. Para isso, irá se valer de regras procedimentais que absorverão o conflito e de argumentos justificadores da decisão que melhor se ajusta à solução do conflito.

Como dito, o termo solução é adoção de uma das possibilidades válidas, segundo critérios absorvidos pelo sistema. A decisão tomada terá o condão de cessar o conflito e de ofertar nova forma para regular

a conduta. Poderá, inclusive, introduzir nova dissonância, que irá reclamar nova decisão, porém sempre com caráter de finitude.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Órganon**. Bauru-SP: Edipro, 2005.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao direito.** São Paulo: RT, 1968, vol. II.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1990.

CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje**: um análisis lógico. Barcelona: Ariel, 1968.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** São Paulo: Classic Book, 2000, vol. I

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 1999.

CAUDAS AULETE. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: ed. Delta, 1958.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

IVO, Gabriel. Norma Jurídica: Produção e Controle. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Coimbra: Ed. Coimbra, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado.** São Paulo: RT, 1983, T. IV.

ROSA, Alexandre Morais. **Teoria dos jogos e processo penal**. Florianópolis: Ed. Empório Modara, 2017.

VERNENGO, Roberto J. **Curso de teoría general del derecho.** Buenos Aires: ed. Depalma, 1995.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** São Paulo: Saraiva, 2000.

13. A LINGUAGEM DO DIREITO E A DECISÃO JURÍDICA VOLUNTARISTA (ANOTAÇÕES AO DIREITO E À FORMAÇÃO DA SUA LINGUAGEM PARA A REGULAÇÃO DA CONDUTA)

Gabriel Ivo

PALAVRAS INICIAIS

Não se trata de reescrever um artigo, mas o tema do presente texto tem uma história que se acomoda ao longo do tempo e, como o próprio tempo se encarrega, promove algumas mudanças.[1] Voltar ao texto, com outra camada de linguagem, não significa reescrever o tema, mas apenas uma possibilidade de ponderações, acréscimos, cortes e novas reflexões. Procurei escoimar as imprecisões possíveis de serem vistas. O desejo da publicação na Revista Comemorativa dos 20 anos do Curso de Mestrado em Direito, da Universidade Federal de Alagoas, deve-se inicialmente a uma comemoração íntima, particular, dos meus 28 anos de magistério na Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/Ufal), bem como de compor, com muita honra, o corpo de professores do mestrado desde o início, ou seja, desde a sua fundação. Ademais, o texto também consiste numa singela homenagem ao livro *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, que na minha visão é a obra seminal do professor Paulo de Barros Carvalho, mestre que acompanho há mais de 33 anos. No meu silêncio, aqui na minha querida Maceió,[2] assisto com alegria ao desenrolar do fio da sua

1 Inicialmente publicado nos Anais do XII Congresso Nacional de Estudos Tributários, realizado em São Paulo (**Direito Tributário e os Novos Horizontes do Processo**, editora Noeses, São Paulo, 2015, p. 523-555), com o título "O Direito e a sua Linguagem", em grande medida, pontos do artigo foram a base de uma palestra intitulada "Linguagem do Direito e Decisão Jurídica Voluntarista", proferida na Escola de Psicanálise Toro – Maceió, em 2019 (publicada na **Revista Antígona – 13** – Publicação do Toro – Escola de Psicanálise, Editora da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2020).

2 "Mesmo os que se amam nesta terra de ódios/são sempre separados pela brisa/que semeia a insônia nas lacraias/e adultera a fretagem dos navios./Este é o meu lugar, entranhado em meu sangue/como a lama no fundo da noite lacustre./E por mais que

rigorosa obra, que sempre fundamenta os meus escritos. A minha vida como docente é tributária, para fazer um trocadilho, aos ensinamentos do professor Paulo de Barros Carvalho.

A versão apresentada é a confluência de vários momentos. Um escrito, que é publicação original; outro oral, que são os aspectos apresentados na exposição, que, de certa forma, esclarecem a matéria,[3] e a publicação na *Revista Antígona*. Alguma coisa da exposição perdeu-se no tempo e no espaço, por isso há uma distinção entre o evento e o fato. Tentarei reproduzir, agregando ao texto, o evento que se consumiu no momento da palestra, com a intenção de demonstrar que a distinção entre texto e norma não significa que esta poderá ter qualquer sentido, ou seja, que a construção da norma poderia até explodir o texto (disposição) e atribuir a ele o sentido que o intérprete (autêntico ou não[4]) desejar. Sem os enunciados contidos numa fonte legítima, o Direito perderia sua especificidade e se confundiria com outros sistemas normativos, como os estáticos. Sem uma disposição, construída por meio de um processo democrático, para estabelecer o ponto de partida, qualquer sentido seria permitido, o que tornaria frágeis as fronteiras do Direito, permitindo interpretações arbitrárias. É precisamente no plano texto, no seu sentido mais angusto, que o Direito, por meio das suas fontes, promove mais rapidamente as alterações no sistema prescritivo, pois os processos informais de mudança são mais demorados e exigem introjeção semântica com forte

---

me afaste, estarei sempre aqui/e serei este vento e a luz do farol,/e minha morte vive na cioba encurralada." Excerto do poema "Planta de Maceió", de Lêdo Ivo, **Antologia Poética**, edições Afrontamento, Porto, 2012, p. 70.

3 Muitos pontos aqui abordados estão nos artigos: IVO, G**. Teorias sobre a incidência**: a incidência como operação linguística. *In.:* CARVALHO, Paulo de Barros (org.); CARVALHO, Tomazini de. **Constructivismo Lógico-Semântico.** São Paulo: editora Noeses, 2018. p. 241 a 284; e Aportes sobre o Controle da Validade da Produção Normativa sob a Perspectiva do Construtivismo Lógico-Semântico, In.: CARVALHO, Paulo de Barros (org.); CARVALHO, Tomazini de. **Constructivismo Lógico-Semântico.** São Paulo: editora Noeses, 2020. p. 361 a 411.

4 "Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica." KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito.** Arménio Amado: Editora, Coimbra, 1988. p. 464.

influência do plano pragmático da linguagem. Alteração formal do texto (enunciado prescritivo) exige a aplicação da norma de estrutura do processo legislativo, exige legisladores. Já os processos informais de mudança ocorrem no plano das normas, não dos textos.[5]

Assim, texto e norma não têm existência autônoma, livres um do outro, trilhando caminhos separados, até antagônicos. Conforme enfatiza Paulo de Barros Carvalho, "texto aqui, é sinônimo de *corpus*, espaço que limita o âmbito dos suportes materiais utilizados na mensagem comunicacional. É a parcela do código comum empregado no fato comunicacional; é o plano de expressão ou plano dos significantes, base empírica e objetivada em documentos concretos, postos intersubjetivamente entre os integrantes da comunidade do discurso".[6] A interpretação, assim, não parte de um nada, um grau zero de sentido.[7] Tal conduta não tem relação com a teoria da linguagem; são decisões políticas, ideológicas, morais, que sempre estarão presentes no discurso jurídico, mas, conforme as possibilidades, a depuração é sempre necessária.[8] Por isso, gosto

5 Ao comentar o caso da Reclamação 4.335, que envolve suposta mutação do art. 52, X, da CF, assim leciona, certeiramente, Lenio Luiz Streck: "Esse entendimento consistiu, na verdade, não na atribuição de uma nova norma a um texto – como tradicionalmente a doutrina entende a mutação constitucional -, mas sim na substituição de um texto por outro texto(...)" (Streck, 2018, p. 242).

6 **Direito Tributário:** fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Editora Noeses, 202. p. 91.

7 "*Não há um grau zero na atribuição de sentido*. Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente à ementa, é evidente, lembrando, aqui, a questão hermenêutica representada pelo grau de objetivação abrangente que cada decisão deve ter/conter) vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem, estabelecendo novos sentidos às coisas que em um choque de paradigmas, o que valoriza, sobremodo, o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrárias." STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 729.

8 "De fato, é muito frequente que em nome da ciência sejam emitidos postulados morais ou políticos. Mas isso é inadmissível, é uso abusivo da ciência. A ciência é o produto do conhecimento expresso na proposição que descreve um objeto." KELSEN, Hans. Política, ética, religião e direito. *In:* PORCIUCLA, Marcelo (coord.). **Um**

de enfatizar, vivemos um período tenso para o Direito, haja vista que muitas vezes o conhecimento jurídico vira um jogo de palavras, com disputas de poder. Mais que nunca, como diria José Saramago, vivemos na caverna de Platão.[9] Cegos e manipulados por uma suposta opinião pública, expondo seus interesses, com a liderança do processo político deslocando-se da soberania popular prevista na Constituição para instituições não respaldadas pelo assentimento do povo. O sentido do texto passa a ser aquele desejado pelo intérprete,[10] promovendo uma superinterpretação, em que se praticam a explosão e a desconstrução do texto.[11] E no âmbito do Direito, a situação se torna ainda mais grave, porquanto entra em cena a questão da legitimidade, em que o intérprete toma o lugar do produtor do texto. A aplicação de teorias de outros campos de conhecimento ao estudo do Direito deve ser feita com método, com cautela, *cum grano salis.*[12] Pois, se o texto pode ter qualquer sentido, estamos diante de uma anemia semântica. Não há sentido. O processo, que é o caminho para a construção do sentido, torna-se um simulacro, já que nada interessa a não ser o sentido preconcebido pelo intérprete, que explora o texto até que este se dobre aos seus propósitos. Promove, assim, uma interpretação ilimitada,

pensamento vivo, por Hans Kelsen e seus comentadores. São Paulo: editora Marcial Pons, 2024. p. 773.

9 Documentário **Janelas da Alma**, Direção: João Jardim e Walter Carvalho, 2004.

10 Conforme diz Umberto Eco, "tenho a impressão de que, no decorrer das últimas décadas, os direitos dos intérpretes foram exagerados." **Interpretação e Superinterpretação**. São Paulo: editora Martins Fontes, 1993. p. 27.

11 "Dizer que a interpretação (enquanto característica básica da semiótica) é potencialmente ilimitada não significa que a interpretação não tenha objeto e que corra por conta própria. Dizer que um texto potencialmente não tem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz." ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**, op. cit., p. 28. "Não é nenhuma novidade dizer que as palavras da lei não são unívocas e que são, na realidade, plurívocas. Essa questão o próprio Kelsen já detectara de há muito. Mas isso não significa que processo hermenêutico admita discricionariedades e decisionismos." STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2016. p. 10.

12 "Essa expressão atualmente é comum, referindo-se às coisas que devem ser tomadas em quantidade mínima, com extrema parcimônia; em sentido figurado, refere-se sobretudo a afirmações, frases, discursos que não devem ser acolhidos sem crítica, mas aceitos com grande cautela e ponderação." TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**. São Paulo: editora Martins Fontes, 1996. p. 802.

desmesurada, o que abre caminho para interpretações arbitrárias, voluntaristas e, consequentemente, antidemocráticas.

INTRODUÇÃO

Um aspecto imprescindível no estudo do Direito consiste na distinção entre a metalinguagem da ciência e a linguagem objeto[13], o que, na minha visão, é uma premissa básica para que se evitem confusões. Embora o Direito permita o seu estudo sob diversos ângulos, mas em todos eles distinção se impõe.[14] A primeira linguagem descreve, e a segunda prescreve. A descritividade, contudo, não significa a reprodução da linguagem-objeto, porquanto seria inócua, uma duplicação desnecessária, que não possibilitaria uma investigação crítica, problematizadora e explicativa[15] da linguagem analisada. Com fulcro no pensamento de Lourival Vilanova, Paulo de Barros Carvalho esclarece rigorosamente a questão quando afirma: "Acontece, e parece-me ocioso esclarecer, que a descritividade empregada em seus escritos é a crítico-explicativa, vale dizer, ao adjudicar significações à literalidade textual, o cientista descreve seu objeto, no caso, o ordenamento positivo, isso equivale a dizer, por outros torneios, que o termo descritividade assume feições semânticas

13 "Carnap define linguagem-objeto como a linguagem em que se fala e metalinguagem como a linguagem em que se fala da linguagem-objeto. Estudando-se uma certa linguagem (L1), temos de contar com outra linguagem (L2), para nela formular os resultados da análise de L1. L1 é chamada linguagem-objeto e L2 metalinguagem." WARAT, Luiz Alberto. **O Direito e a sua Linguagem**, 2ª edição aumentada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995, p. 48.

14 "Existe uma grande variedade de perspectivas a partir das quais o fenômeno jurídico pode ser estudado, de modo que, em todo caso, deveríamos falar de *ciências* do Direito, ou mesmo de conhecimentos jurídicos." ATIENZA, Manuel, **Argumentação legislativa**, trad. Diógenes Moura Breda, Contracorrente, São Paulo, 2022, p. 17.

15 "'Explicar' deriva do latim *explicare,* termo revestido de múltipla significação: despregar, desdobrar, justificar, interpretar, expor, comentar, explanar. E, também, esclarecer o que não estava claro, isto é, o oculto, aclará-lo, elucidá-lo. 'Plicar' origina-se do latim *plicare,* do qual resultou também 'pregar', no sentido de fazer pregar ou plicas. Plica é a dobra. Por isso *ex-plicare* significa des-pregar, retirar as plicaturas (pregas, dobras)." BORGES, José Souto Maior. **Ciência Feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos**, Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994, pp. 125/126.

diversas, consoante a qual dentre as quatro regiões ônticas pertença a matéria de suas preocupações, como já o afirmara Edmund Husserl em sua fenômeno/ologia, pensador que muito influenciou os escritos do prof. Vilanova".[16]

Tal circunstância nos permite perceber que o Direito, na linguagem em função prescritiva, tem um único propósito. É tão evidente, que esquecemos; e, como nos diz Caetano Veloso: "E eu menos a conhecera, mais a amara/ Sou cego de tanto vê-la, de tanto tê-la estrela".[17] No entanto, tal qual a moral ,ou mesmo a religião, o Direito é um sistema normativo que tem um objetivo básico: regular a conduta humana,[18] por isso exige uma racionalidade linguística,[19] pois sem ela seria impossível a comunicação, mas é um sistema dinâmico. Os sistemas normativos dinâmicos tendem à democracia. O procedimento democrático, juridicamente organizado, decorrente das normas de estrutura, legitima o Direito na tarefa de regulação da conduta. A conduta de todos, inclusive daqueles que são competentes para a elaboração dos instrumentos normativos,[20] conforme expõe com clareza Hans Kelsen: "*La idea de democracia es la idea de liberdad*

16 **Breves Considerações Sobre a Função Descritiva da Ciência no Direito Tributário**, *in* **Direito Tributário e os Novos Horizontes do Processo –** Anais do XII Congresso Nacional de Estudos Tributários, editora Noeses, São Paulo, 2013, p. 881.

17 **Estrangeiro**, PolyGramm – Philips, São Paulo, 1989. Ou na bela poesia **Fanatismo** de FLORBELA ESPANCA: "Minha alma de sonhar-te, anda perdida. Meus olhos andam cegos de te ver!" **Sonetos**, DIFEL, São Paulo, 1984, p. 76.

18 Conforme Hans Kelsen: "O que as normas de um ordenamento regulam é sempre uma conduta humana, pois apenas a conduta humana é regulável através de normas". **Teoria Pura do Direito**, op. cit., p. 34. "É sempre a conduta humana o objeto da regra jurídica, ainda quando a sanção seja para reprovação da conduta infringente (*e.g.*, pena de morte), ou a conduta tenha de dar-se diante de certos fatos, como o nascimento, a naturalização, o incêndio, a inundação". PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**, tomo I, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 39.

19 "uma *racionalidade comunicativa ou linguística* (R1), em que o emissor (editor) deve ser capaz de transmitir uma mensagem (a lei) fluentemente ao receptor (o destinatário)." "(...) uma racionalidade linguística ou comunicativa mínima é uma condição necessária para outros níveis de racionalidade." ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**, op. cit., p.27/28.

20 "Politicamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa.". KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. Trad. Eduardo Garcia Máynez. México: UNAM, 1988, p. 33).

como autodeterminación política. Se encuentra expresada en su forma relativamente más pura allí donde el orden estatal directamente creado por quienes están a la vez sujetos a él, donde un pueblo, en asamblea de toda la población, acuerda las normas de su conducción."[21]

A conformidade com a lei, produzida por meio de procedimento democrático, confere legitimidade, justificação e racionalidade às decisões do Estado.[22] Mais uma vez a lição de Hans Kelsen é elucidativa: "*El significado determinante del principio democrático es que el sujeto político quiera la libertad que se pretende, no solo para él, sino para los demás; que el 'yo' quiera libertad también para el 'tú', porque percibe que el 'tú' posee la misma naturaleza que él. De ahí que, para conformar la noción de una forma democrática de sociedad, la Idea de liberdad debe complementarse, y restringirse, com la Idea de igualdad.*"[23] Assim, por mais complexos que os sistemas se mostrem, haja vista os valores incessantes e mutáveis das relações humanas, lá no fundo deparamos, sempre, com a conduta humana, objeto da regulação.[24] E, como visto, mesmo quando regula a sua própria criação[25], por meio das normas de estrutura, o modo de formação e de transformação do Direito, lá está

21 KELSEN, Hans. **Forma de Estado y visión del mundo**. In **El Otro Kelsen**. Compilador Óscar Correas. México: UNAM, 1989, p. 227.

22 "*El Estado de derecho es, para empezar, el imperio de un derecho preestablecido que govierna el fallo o la decisión de qualquier autoridad judicial. Por ello, aún en el supuesto de que la premisa maior se extraiga dificultosamente de esse variopinto depósito de derecho que he llamado 'derecho implícito', no puede obtenerse de forma tal que sea una pieza extraña por entero al conjunto; tiene que ser una pauta que encaje con coherencia en el sistema explícito, que tenga entre otros controles de cualidad el de no se contradictoria con alguna de las normas ya establecidas de antemano.*" LAPORTA, Francisco J.. ***El império de la ley: una visión actual***. Madrid: Trotta, 2007, p. 218.

23 KELSEN, Hans. ***Forma de Estado y visión del mundo***. In **El Otro Kelsen**. Compilador Óscar Correas. UNAM, México, 1989, p. 227.

24 "Sociologicamente, não há fatos puros: todo fato social é relacional e toda relação social, além de causal, é normativa. Não há, como observa irrepreensivelmente Legaz y Lacambra, desde o ponto de vista filosófico que repercute no ponto de vista empírico-científico, não há realidade social para, depois, virem as normas. A realidade social é, constitutivamente, realidade normada. É social porque implanta valores através de formas normativas dos usos e costumes, da moral, de direito, etc.". VILANOVA, Lourival, **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**, editora Noeses, São Paulo, 2005, p. 85.

25 "Mas a ordem jurídica não prescreve somente que se faça ou que se deixe de fazer algo. Ela também pode facultar a alguém, ou a um conjunto de pessoas, a criação de

a conduta humana.[26] O Direito consiste num método de comunicação entre os homens, para cumprir a finalidade de organizar as condutas implantando valores historicamente determinados,[27] inclusive a conduta de criar os próprios instrumentos normativos, uma espécie de gramática jurídica. É por isso que o Direito contém normas;[28] é por meio delas que se regula a conduta humana. Cada sistema tem as suas peculiaridades, que estão atreladas aos fins a que se propõem. O Direito é um sistema dinâmico, e seus elementos derivam da delegação de competência entre as disposições normativas que o compõem.

Ao tratar dos sistemas nomoempíricos normativos, nos quais se insere o Direito, Marcelo Neves diz que "têm a função de direcionar a conduta humana em um determinado sentido, incluindo-se no 'mundo' da práxis. Não se destinam a representar gnosiologicamente a conduta, ao contrário do que propõe equivocadamente a Teoria Ecológica em relação às normas jurídicas, mas sim a controlá-las e dirigi-las, dentro

normas jurídicas." KELSEN, Hans, A autorregulação do direito**,** *in:* **Um pensamento vivo, por Hans Kelsen e seus comentadores**, op. cit., p. 266.

26 "Em todo ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que se costuma chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não mas prescrevem as condições e os procedimentos por meio dos quais são emanadas normas de condutas válidas." BOBBIO, Norberto, **Teoria Geral do Direito**, 3ª ed. trad. Denise Agostinetti, editora Martins Fontes, São Paulo 2010, p. 198.

27 "Estes, enquanto sistemas de normas, têm por função controlar e dirigir as relações interpessoais, com a característica específica da coercibilidade". NEVES, Marcelo, **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**, editora Saraiva São Paulo, 1988, p. 16/17. "Agrada-me pensar o direito como uma instituição social que tem por finalidade atender as necessidades sociais – as reivindicações, exigências e expectativas decorrentes da existência da sociedade civilizada –, realizando o máximo possível com o mínimo de sacrifício na medida em que tais necessidades ou reivindicações possam ser atendidas mediante a organização da conduta humana em uma sociedade politicamente organizada." MORRISSOM, Wayne, **Filosofia do Direito – dos gregos ao pós-modernismo**, trad. Jefferson Luiz Camargo, editora Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 19.

28 "Mas bem, se existe esta discrepância, e se bem é possível aceitar que o direito não é somente norma – sob condição de que se explique esta afirmação –, de todas as maneiras há um ponto de acordo absoluto: nunca ninguém negou que o direito contém normas, embora alguns considerem que contém algo mais que isto. O ponto de convergência está em que todos aceitam que o direito contém normas." CORREAS, Óscar. **Crítica da Ideologia Jurídica: Ensaio Sócio-semiológico**, trad. Roberto Bueno, editora Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1995, p. 16.

de um certo espaço de liberdade e possibilidades".[29] Desse modo, o Direito que regula a conduta humana consiste também no objeto de estudo do Direito. Assim, temos dois planos[30] com o mesmo nome, o que muitas vezes gera confusão:[31] (i) Direito como conjunto de normas; e (ii) Direito como asserções sobre o Direito tomado como conjunto de normas.[32] Os enunciados descritivos são vertidos em forma indicativa e visam formular e transmitir informações e conhecimentos. Não se trata, é evidente, de uma descrição ingênua, meramente reprodutiva do objeto, porquanto seria desnecessária.[33] Um espelho.[34]

---

29 **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**, editora Saraiva, São Paulo, 1988, p. 7.

30 "São dois sistemas: um cognoscitivo; outro, prescritivo. Separáveis por um corte abstrato no dado-da-experiência, *o sistema da Ciência-do-Direito incorpora-se ou insere-se no próprio Direito*, como fonte *material* sua." VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**, op. cit., p. 158.

31 "E, se essa dualidade não for bem advertida, instalar-se-á na ciência jurídica o germe da ambiguidade." BORGES, José Souto Maior, **Ciência Feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos**, op. cit., p. 124.

32 Importante mencionar aguda advertência de LOURIVAL VILANOVA, para aqueles que superficialmente identificam normativismo com legalismo: "O normativismo, como legalismo, está historicamente superado; tematicamente é assunto cansado, gasto, que descabe combater com vitoriosa audácia. Não faltam (e quantos!) os que o identificam com a teoria de Kelsen. E superiormente eliminam o kelsenismo como teoria abstrata, lógica, formalista. Com ligeireza fácil." **Relação e Causalidade no Direito**, 5ª edição, editora Noeses, São Paulo, 2015, p. XXI.

33 Segundo RICARDO GUASTINI, "(...) casi a totalidad de los libros o ensayos que se pretenden (y que normalmente son considerados como) ejemplos de ciencia jurídica – descripción del derecho vigente – no pueden ser reducidos a una empresa puramente cognitiva en absoluto" **. Juristenrecht. Iventando Derechos, Obligaciones y Poderes**, trad. de Diego Del Cecchi, in Neutralidad y Teoría del Derecho, org. Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso y Diego M. Papayannis, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 209. "Tampouco a Ciência-do-Direito é um sistema de conhecimento sobre o sistema do Direito positivo meramente reprodutivo dos conteúdos normativos das proposições constituintes desse sistema-objeto." VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**, op. cit., p. 158.

34 O direito é um objeto cultural, produzido pelo ser humano, por estar na experiência, tem existência real e é sempre permeado de valores. Como insiste Paulo de Barros Carvalho, o ato gnosiológico próprio para a sua aproximação é a *compreensão* e o método da correspondente da ciência é o *empírico-dialético*. Segundo o professor, "Falar em tom descritivo acerca do ordenamento jurídico é o grande tema da Ciência do Direito em sentido estrito, se bem que o trabalho do intérprete para montar o sistema seja tarefa construtiva, estimulada pela sua subjetividade, por suas inclinações ideológicas, por suas vivências psicológicas, por sua vontade, pois o chamado 'direito positivo' não aparece como algo já constituído, pronto para ser contado, reportado, descrito. A tessitura em linguagem, todavia, não será ainda o bastante para atribuir-

José Souto Maior Borges coloca a questão em bons termos quando afirma: "Mantendo-se a terminologia atual, dever-se-á expressamente ressalvar que os termos 'descritivo', 'descrição', 'descritividade' devem ser entendidos no sentido mais lato possível. A descrição não consiste numa pedestre transcrição dos textos normativos. Nem se limita somente a comentá-los. Porque fundamentalmente a função da doutrina consiste em fornecer a explicação científica dos fenômenos jurídico-positivos".[35] Por sua vez, os enunciados prescritivos são imperativos, deônticos, e cumprem a missão primordial do Direito, que é dirigir, influenciar e modificar a conduta humana, na perspectiva historicamente determinada. Mas não com conselhos, e sim com estipulações democraticamente tecidas, não arbitrárias. Só assim o Direito torna-se histórico, mutável, conforme o devir imanente ao ser humano.

O Direito, portanto, tendo em vista a sua finalidade, é um objeto cultural, situado no campo propriamente humano da realidade na qual estamos imersos. Aproximar-se dele impõe a assunção dessa atitude, que é uma chave hermenêutica de compreensão, para que não incorramos num sincretismo metodológico e, assim, possamos isolar o Direito de outros objetos. Não por negar a ligação e a influência deles e entre eles, senão para delimitar o campo de estudo, gnosiológico, próprio do Direito.[36]

---

lhe qualificações comunicativas plenas, requerendo que o destinatário o leia e o compreenda. É precisamente nessa função hermenêutica de atribuição de sentido, nesse adjudicar significação, que reside o trabalho do cientista, disfarçado numa descritividade acentuadamente subjetiva, como acontece, de resto, com as ciências sobre objetos da cultura". **Direito Tributário, Linguagem e Método**, 7ª edição, Editora Noeses, São Paulo, 2018, p. 697.

35 **Ciência Feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos**, op. cit., p. 124.

36 "Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto." KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, op. cit., pp. 17/18. "Acrescentemos: o sistema jurídico é *sistema aberto*, em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os descritores de fatos típicos, e dos esquemas conseqüenciais, onde se dá função prescritora da norma de Direito."

Já percebemos um aspecto que é inescapável quando topamos com o Direito, seja em que plano for. Se o Direito, objeto, visa regular a conduta humana, só poderá fazê-lo por meio de uma comunicação, que exige uma linguagem,[37] haja vista que a linguagem é a faculdade que tem o ser humano de comunicar-se por meio da fala.[38] "E, se o ser humano tem uma linguagem, é porque ele é destinado a se comunicar, não a se isolar".[39] No caso, a linguagem apta é a prescritiva, por meio dos modais deônticos obrigatório, proibido e permitido,[40] que exprimem deveres positivos ou negativos, bem como a sua ausência, onde se esgotam as possibilidades da conduta intersubjetiva.

Segundo Carlos E. Alcchourrón e Eugenio Bulygin, "*la comunicación de la norma supone el uso de un lenguaje (entendiendo por tal todo sistema de simbolos que sirve para la comunicación, como ejemplo, gestos, luces, banderas, palavras, etcétera), compartido tanto por el legislador, como por los destinatarios. En otras palabras, dictar normas*

VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**, op. cit., p. 168.

37 (...) uma cosa è abbastanza chiara: il diritto – o, almeno, il diritto moderno – è (essenzialmente) un fenômeno linguistico". GUASTINI, Ricardo. ***Lel Fonti del Diritto – fundamenti teorici.*** Milano – DOTT. A. Giuffrè editore, Milano, 2010, p. 3.

38 "(...) a linguagem é uma faculdade humana abstrata, ou seja, uma capacidade: isto é, aquela capacidade que o humano tem de comunicar-se com os semelhantes por meio de signos mediante mecanismos de natureza psicofisiológica". BASTOS, Cleverson Leite; CONDIOTTO, Kleber B. B.. **Filosofia da Linguagem.** Editora Vozes, Petrópolis, 2007, p. 15. "Somente a língua faz de nós seres humanos. Isso é válido tanto para a língua dos surdos, com sua gramática especial, como para a articulada, com a qual iremos nos ocupar aqui. Somente a língua nos distingue dos animais. Com um sistema de signos, no qual os símbolos assumem significados objetivos, ela difere radicalmente do intercâmbio de sinais praticado pelos animais." SCHWANITZ, Dietrich. **Cultura Geral: tudo o que se deve saber**, trad. Beatriz Silke Rose, Eurides Avance de Souza e Inês Antonia Lohbauer, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 377.

39 MINOIS, Georges. **História da Solidão e dos Solitários**, trad. Maria das Graças de Souza, Editora UNESP, São Paulo, 2019, p. 18.

40 Ver MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Logica del Juicio Juridico**, Fondo de Cultura Económica, México, 1954, p. 89 e ss. "Nos creemos libres, pero estamos rodeados de reglas. A medida que nos internamos en el laberinto de la vida, las reglas se vuelven obstáculos recurrentes, porque excluyen senderos que, de otro modo, nos resultarían atractivos e exigen otros que de lo contrario nos parecerían poco seductores." **Las Reglas en Juego**, FREDERICK SCHAUER, trad. por Claudina Oruneso y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 57.

supone la existencia de una comunidad linguística a la que pertencen todos los involucrados en la actividad normativa"[41]. Outro ponto: se o Direito, tomado como assertivas sobre o objeto (Direito), visa conhecer e transmitir conhecimento, também pede linguagem. Sem linguagem não conhecemos, e muito menos podemos transmitir conhecimento.[42] O que foi dito até agora não é uma defesa de causa, ou um argumento que decorre de uma autoridade. É a simples constatação empírica. Sem linguagem não é possível regular a conduta,[43] nem conhecer e transmitir informações sobre as normas que regulam a conduta.

Ao regular a conduta, a linguagem do Direito tomado como objeto dirige-se ao mundo social. Às coisas da vida, que estão aí diante de nossa existência. Difícil seria aquele lugar descrito por Gabriel García Márquez, "o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome, e para mencioná-las era preciso apontar com o dedo".[44] Mas, para que possamos compreender as coisas da vida e a remissão existente entre elas, temos a necessidade de uma linguagem que promova as relações que entre elas vão se formando. O exame dos eventos da vida nos leva a outras situações que são tecidas por meio de uma linguagem.[45] A linguagem recolhe as distinções em todos os ângulos da vida humana, o que torna o mundo um sistema de comunicação por meio de uma linguagem. A análise de documentos, tão comum nos processos jurídicos, de imagens, de comportamentos e intenções necessita inicialmente do emprego conceptual de palavras,

41 **Definiciones y normas**, *in* **Analisis Logico y Derecho**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 442.

42 CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário, Linguagem e Método**, op. cit., pp. 21/22.

43 "Entender el derecho como texto no es acudir a una ficción, sino reconocer su naturaleza de signo, de mensage, de lenguage." ROBLES, Gregorio, **Sociologia del Derecho**, segunda edición, editorial Civitas, 1997, p. 70.

44 **Cem Anos de Solidão**, trad. Eric Nepomuceno, Editora Record, Rio de Janeiro-São Paulo, 2017, p. 9.

45 "*Usamo*s los enunciados y las palavras que componen los enunciados para hablar de seres humanos, animales, cosas, lugares, etc., en definitiva, para hablar del mundo no linguístico que nos rodea, para *mencionar* las cosas que existen en este mundo no linguístico." MARÍN, Rafael Hernández, **Compendio de Filosofía del Derecho**, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 51.

expressões e costumes que se encontram na linguagem cotidiana. Aquela que torna possível a comunicação entre as pessoas no existir diário e conforme ele é delimitado pela cultura.

Posta a questão nesses termos, passamos para a linguagem especializada, técnica. Da linguagem comum saltamos para a especializada. A linguagem ordinária é a primeira. E, no campo específico do Direito, podemos afirmar que as coisas chegam até ele por meio de palavras.[46] Os fatos (eventos) são introduzidos no processo judicial, por exemplo, por meio da linguagem das provas; sem a prova, o Direito não reconstitui o passado, que é irremissível. Nada disso seria possível sem a linguagem tecida para tal finalidade. Tal conclusão é inescapável. A linguagem vai, assim, cerzindo os eventos da vida e, lá no final, constrói os fatos jurídicos.

Com efeito, se a função do Direito, por meio da linguagem prescritiva, consiste na regulação da conduta humana, o vetor das normas jurídicas nunca se dirige aos elementos da natureza, pois tais elementos só possuem referência ao Direito quando relacionados com as pessoas em face de outras pessoas. O Direito não regula a natureza, nela não há conduta, mas disciplina no tocante à relação entre as pessoas em face da natureza. Por isso, legislar chega a ser uma arte,[47] consistente na capacidade de estimular a conduta. Até mesmo a linguagem descritiva não pode, já que não é a sua finalidade, regular, digamos assim, o comportamento da natureza, mas apenas

46 "Todo en el Derecho es susceptible de ponerse por escrito." ROBLES, Gregório, **Teoría Del Derecho: fundamentos de teoria comunicacional del derecho**. Volumen I, tercera edición, Civitas, Navarra/Espanha, 2010, p. 87.

47 "Cualquer legislador que pretenda dominar el arte de legislar debe ser experto en el *felicif calculus* y conocer exactamente la intensedad, la duración, la certidumbre o incertidumbre asi como la cercanía o lejanía, la fecundidad y la pureza del placer o dolor que causa cada medida que adota". ZAPATERO, Virgilio, **El Arte de Legislar**, Thomson/Aranzadi, Espanha, 2009, p. 179. "tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis". LEAL, Victor Nunes, **Técnica Legislativa**, in Problemas de Direito Público e outros Problemas, volume 1, Imprensa Nacional/ Órgão do Ministério da Justiça, Brasília, 1999, p. 8.

descrever, sem interferir sobre a regularidade nela existente. O Direito, portanto, é essencialmente antropocêntrico, porquanto o ser humano está no centro da sua regulação;[48] por isso, os valores humanos não podem ser desprezados na sua significação. A Constituição Federal quando introjeta a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil atesta o que é ínsito ao próprio Direito, e o sistema jurídico mantém-se aberto para possibilitar a interação. Para se ter acesso a esse universo, é necessário que sobre ele tenhamos uma compreensão, o que nos remete a um ambiente cultural.[49] A cultura forma o âmbito humano da realidade. Conforme esclarece Tárek Moysés Moussallem, "nesse sentido, o homem não habita um mundo físico, mas sim um mundo cultural, só existente em virtude da linguagem(...)".[50] E, conforme vimos linhas acima, "o caminho ideal para se chegar à cultura é a língua".[51]

Assim, retornando ao que foi dito no início, o que pretendemos fazer neste texto é discutir algumas questões sobre a distinção entre enunciado e norma, a linguagem construtora da norma jurídica e a linguagem construtora do fato. Aspectos relevantes para demonstrar a imprescindibilidade da linguagem na constituição do universo jurídico, que tem como centralidade a conduta humana e tudo que possibilita a sua dignidade.

Embora seja usual na linguagem comum dos envolvidos com o Direito designar de norma jurídica qualquer enunciado que se

48 "Al conjunto de mensajes jurídicos articulados como una unidad totalizadora de la organización de una sociedad se le llama 'ordenamiento jurídico'. Este no es sino un conjunto de mensajes. O lo que es lo mismo, un conjunto de proposicione lingüísticas cuya función es organizar la vida colectiva, es decir, dirigir u orientar la acción de los hombres en una determinada sociedad." ROBLES, Gregorio, **Sociologia del Derecho**, op. cit., p. 69.

49 "No en vano Dilhhey repetía, como un *leit motive* de sua obra, que los objetos de las ciencias del espíritu sólo se conocen por comprensión, esto es, *interpretando* sus manifestaciones externas y objetivas – signos, gestos, inscripciones, expresiones – y accediendo em esta forma a su interioridad o contenido espiritual". AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, Jose, **Introducción al Derecho**, duodecima edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 33.

50 **Fontes do Direito Tributário**, Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 26.

51 DIETRICH SCHWANITZ, **Cultura Geral: tudo o que se deve saber**, op.cit., p. 378.

encontra em uma fonte do Direito, a distinção entre enunciado e norma é demasiadamente conhecida. Seria enfadonho citar os autores que fazem tal distinção. Tentarei apenas demonstrar a utilidade da distinção e as consequências que da distinção derivam e que deveriam ser levadas a sério em toda a sua dimensão e possibilidades. Por sua vez, os fatos, sejam eles jurídicos ou não, não prescindem de uma linguagem para que se coloquem em bases comunicacionais. Seria impossível apontar os fatos com os dedos,[52] pois os eventos só se tornam fatos quando revestidos em linguagem. A linguagem é constitutiva dos fatos; antes dela temos eventos que escapam no tempo.

O DIREITO E A INEVITÁVEL PRESENÇA DA LINGUAGEM

Sempre que alguém se aproxima do Direito, seja qual for a finalidade, logo percebe: o Direito é essencialmente conceptual.[53] A interpretação que se faz do Direito consiste na maneira de inseri-lo na vida. Todo conhecimento do Direito implica uma permanente construção hermenêutica, mesmo que seja o conhecimento vulgar, técnico ou científico. Esse caráter conceptual do Direito decorre da situação de ele existir mediante uma linguagem.[54] O que os juristas, em sentido largo, dizem do Direito não é mera repetição da linguagem prescritiva. Determinam, isso sim, o significado do que é que o Direito diz.[55] E, ao determinarem o que o Direito diz, os juristas terminam

52 Ver nota de rodapé nº 45.

53 "Los juristas no son 'descritores' de la realidad del derecho, sino 'constructores' de la misma. El lenguaje del derecho es el lenguaje de los juristas." ROBLES, Gregorio, **El Derecho como Texto (quatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho).** Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 26.

54 "O direito, sabemos, é um fenômeno complexo. Um modo, porém, de estudá-lo sem ter de enfrentar o problema de sua ontologia é isolar as unidades normativas. Ali onde houver direito, haverá normas jurídicas. E, onde houver normas jurídicas, haverá, certamente, uma linguagem em que tais normas se manifestam." CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário: reflexões sobre filosofia e ciência em prefácios**, editora Noeses, São Paulo, 2019, p. 26.

55 "Ciertamente, los abogados y sobre todos lós jueces cumplen además funciones políticas." BULYGIN, Eugenio, **Mi visión de la filosofia del Derecho**, DOXA, nº 32, Madrid, 2009, p. 88.

dizendo o que o Direito é,[56] em termos de conceitos, de teoria, de explicação, de descritividade. O que não deixa de ser um poder, pois afirmam o que dizem as palavras da lei,[57] mas conforme escrito acima, não é possível dizer qualquer coisa, atribuir qualquer sentido, pois se assim fosse, as palavras[58] não serviriam para designar os objetos, não diriam nada, e o signo perderia sua função de possibilitar a comunicação. Assim, por exemplo, a definição do conceito de federação, tão discutido em face da reforma tributária,[59] não tem um sentido uníssono. Pontes de Miranda[60] entende, por exemplo, que a participação de todos os componentes do Estado Federal na vontade geral não é suficiente para tornar um Estado Federal. Pode até nem haver participação. Diz: "Ao longo da escala, muitos elementos desaparecem, e outros aparecem: de modo que há tantos critérios

56 Não estamos dizendo com isso que encontramos a resposta para a pergunta, que é feita desde a época dos gregos clássicos, "o que é o Direito"?

57 "A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito." KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª edição, Arménio Amado editora, Coimbra, 1984, p. 469.

58 "– Quem escreve deve ter todo cuidado para a coisa não sair molhada. Também não entendi. Ele explicou: – Quero dizer que da página que foi escrita não deve pingar nenhuma palavra, a não ser as desnecessárias. É como pano lavado que se estira no varal. E prosseguiu – Naquela manhã estava de língua solta: – Deve-se escrever da mesma maneira como as lavadeiras lá de Alagoas fazem seu ofício. Sabe como elas fazem? – Não. – Elas começam com uma primeira lavada. Molham a roupa suja na beira da lagoa ou do riacho, torcem o pano, molham-no novamente, voltam a torcer. Depois colocam o anil, ensaboam, e torcem uma, duas vezes. Depois enxáguam, dão mais uma molhada, agora jogando a água com a mão. Depois batem o pano na laje ou na pedra limpa e dão mais uma torcida e mais outra, torcem até não pingar do pano uma só gota. Somente depois de feito tudo isso é que elas dependuram a roupa lavada na corda ou no varal, para secar. Pois quem se mete a escrever devia fazer a mesma coisa. A palavra não foi feita para enfeitar, brilhar como ouro falso, a palavra foi feita para dizer." A fala de GRACILIANO RAMOS, ao conceder uma entrevista a JOEL SILVEIRA sobre o ofício de escrever, foi extraída do seu livro, que recebeu o prêmio Machado de Assis – 1998, da Academia Brasileira de Letras, **Na Fogueira: memórias**, editora Mauad, Rio de Janeiro, 1998, p. 284.

59 Ver GABRIEL IVO. Comentários. In: GAETA, Flávia Holanda. **Comentários à EC 132/2023** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson, Reuters Brasil, 2024.

60 **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**, **Tomo II**, op. cit., pp. 278 e ss.

possíveis quanto os graus".[61] Na Federação, a autonomia financeira ocupa papel central, porquanto uma federação, na qual seus membros não têm recursos para o cumprimento das competências tecidas na Constituição, fenece. Por isso, ao lado da repartição de competências e como decorrência necessária, está a atribuição de renda própria a cada unidade federada. É imprescindível que sejam assegurados, juridicamente, a quem tenha as competências os recursos necessários para desenvolvê-las.[62]

Por isso, com base no caráter hermenêutico que ronda o Direito, cabe na nossa exposição um excerto da obra de Lourival Vilanova, que diz que o conhecimento nunca é indiferente: "O conhecimento sobre o direito não é desinteressado: é-o com vistas à aplicabilidade. Por isso, na teoria mais abstrata, há potencialmente uma manipulação com fatos".[63] Por consequência, falamos, sempre, do ponto de vista de um modelo teórico que é, necessariamente, um redutor de complexidade do objeto. Todo modelo teórico reduz o seu objeto para poder falar sobre ele, pois seria impossível dele tratar na sua constituição mesma, no mundo. A teoria não é um decalque do objeto, do mesmo modo como a norma jurídica não é um decalque do enunciado. Como diria Jorge Luis Borges, um mapa, desmesurado, que fosse tão medido e pormenorizado que reproduzisse a própria cidade, não serviria como mapa.[64] Assim, nenhum modelo teórico tem o monopólio da resposta

61 **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969, Tomo II**, op. cit., pp. 280.

62 IVO, Gabriel, **Constituição Estadual: Competência para elaboração da Constituição do Estado-membro**, editora Max Limonad, São Paulo, 1997, p. 88.

63 **Fundamento do Estado de Direito**, *in* **Escritos Jurídicos e Filosóficos,** volume 1, editora XIS MVNDI IBET, 1ª edição, São Paulo, 2003, p. 414.

64 "Menos Afeitas ao Estudo da Cartografia, as Gerações Seguintes entenderam que esse dilatado Mapa era Inútil e não sem Impiedade o entregaram às Inclemências do Sol e dos Invernos." **Do Rigor da Ciência** (Suárez Miranda: Viajes de Varones Prudentes, livro quarto, cap. XLV, Lérida, 1658.) *in* **O Fazedor**, Obras Completas, volume II, editora Globo, São Paulo, 1999, p. 247. Nem mesmo se a cidade fosse a de Russel, personagem de Ricardo Piglia, em **O Último Leitor**, editora Companhia das Letras, São Paulo, 2006, que na sua loucura, criou uma máquina sinóptica, que cria ser a própria cidade. Imagina que toda a cidade, que é Buenos Aires, está ali, concentrada em si mesma, reduzida a sua essência. Acredita ele que a cidade real é dependente da sua criação, a réplica. Russel "alterou as relações de representação, de modo que

correta. Não seria ciência, mas totalitarismo. A ciência que se coloca no lugar do objeto o destrói. Daí o perigo que há em muitas afirmações da ciência. E a forma de construção do conhecimento e reprodução dele, tanto no plano do objeto quanto no plano da ciência, metalinguagem, ocorre por meio inexorável da linguagem.[65]

Conforme dito no início, dada a complexidade da vida em que estamos imersos, algumas vezes perdemos a noção básica de que o Direito consiste numa ordem da conduta humana. O objetivo do Direito, disposto em forma de sistema, é regular a conduta humana, tendo em vista uma finalidade, valiosa,[66] em determinado momento histórico.[67] A mobilidade temporal do conteúdo torna o Direito histórico, feito pelo ser humano e para o ser humano.[68] Como afirma Hans Kelsen, "[...] a norma jurídica é dirigida a uma pessoa, não significa outra coisa senão que a norma estatui como devida a conduta de um ser humano ou de um determinado ou indeterminado número de pessoas, quer dizer, conduta humana, e nenhum outro acontecimento".[69]

---

a cidade real é a que esconde em sua casa, enquanto a outra é apenas uma miragem ou uma lembrança".

65 "El lenguaje, ya sea en su forma oral o escrita, cumple una multiplicidad de funciones. Esto se debe al hecho de que 'decir algo es haver algo'; 'al decir algo, hacemos algo' y, 'mediante lo que decimos hacemos algo'". COMANDUCCI, Paolo, **Razonamiento Jurídico: elementos para un modelo**, Editora Fontamara, México, 1999, p. 19.

66 "(...) é construção valorativamente tecida, incidente, na realidade, e não coincidente com a realidade." VILANOVA, Lourival, **Lógica Jurídica**, *in* **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, Volume 1, editora XIS MVNDI IBET, 1ª edição, São Paulo, 2003, p. 200.

67 "O Direito cumpre objetivos decisivos no contexto social: regula todas as condutas humanas, organizando o sistema de vida coletiva para o fim de implantar os valores que a sociedade anela." CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário: reflexões sobre filosofia e ciência em prefácios**, editora Noeses, São Paulo, 2019, p. 62.

68 O Direito tem por finalidade a paz, embora na sua construção travem-se lutas. "A ideia do direito compreende uma antítese que tem origem em si mesma e da qual jamais se pode, absolutamente, separar: a luta e a paz; a paz é o fim do direito, a luta é o meio de alcançá-lo." IHERING, Rudolf Von, **A Luta pelo Direito**, tradução de Sílvio Donizete Chagas, editora Acadêmica, São Paulo, 1988, p. 15. "Tôda democracia é luta contra as lutas, porque organiza pleitos que evitem choques." PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969**, tomo I, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 12.

69 "El derecho es un orden de la conducta humana. Un 'orden' es un conjunto de normas." KELSEN, Hans, **Teoria General del Derecho y del Estado**. Tradução Eduardo

Dessa forma, adverte Pontes de Miranda, "o homem diminui o arbitrário, o azar, o irregrado, a *anomia* da vida e das relações inter-humanas".[70] Ao regular a conduta, não teria sentido o Direito coincidir com a realidade. Ao duplicá-la, o Direito estaria construindo um sem-sentido deôntico. O Direito visa alterar a realidade,[71] não repeti-la, por isso tão difícil é a aceitação das mudanças, das reformas, pois elas bolem com o conhecido, e abrem novas veredas. Dessa forma, o Direto vai constituindo outra classe de realidade que sem ele seria impossível. O Direito, assim, se constitui num esquema para que possamos compreender como certos eventos ocorrem.

Seria impossível para o Direito, portanto, realizar a sua função sem assentar-se numa linguagem. Mesmo as apreensões sensoriais, para o seu ingresso no nível comunicacional, são vestidas de linguagem,[72] que é uma capacidade que tem o ser humano para

---

García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 3. **Teoria Geral das Normas**. Trad. de José Florentino Duarte, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, p. 38.

70 **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**, **tomo I**, op. cit., p. 33.

71 "Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem do Direito." VILANOVA, Lourival, **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo,** op. cit**.,** p. 42.

72 Conforme dito acima, a literatura, dentro de uma concepção de senso comum, nos mostra com acuidade essa situação. Gabriel García Márquez, em seu saboroso *Cem Anos de Solidão*: "O mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las se precisava apontar com o dedo". Editora Record, São Paulo, 1967, p. 7. Italo Calvino, em *As Cidades Invisíveis,* faz um instigante relato: "Recém-chegado e ignorando completamente as línguas do Levante, Marco Polo não podia se exprimir de outra maneira senão com gestos, saltos, gritos de maravilha e de horror, latidos e vozes de animais, ou com objetos que ia extraindo dos alforjes: plumas de avestruz, zarabatanas e quartzos, que dispunha diante de si como peças de xadrez". Editora Companhia das Letras, São Paulo, 2003, p. 25. Mesmo os gestos, o apontar com os dedos, para se tornarem intersubjetivos não prescindem de um revestimento em linguagem. Em *Vidas Secas,* de Graciliano Ramos, encontramos: "O menino mais velho hesitou, espiou as lojas, as toldas iluminadas, as moças bem-vestidas. Encolheu os ombros. Talvez aquilo tivesse sido feito por gente. Nova dificuldade chegou-lhe ao espírito, soprou-a no ouvido do irmão. Provavelmente aquelas coisas tinham nomes. O menino mais novo interrogou-o com os olhos. Sim, com certeza as preciosidades que se exibiam nos altares da igreja e nas prateleiras das lojas tinham nomes. Puseram-se a questão intricada. Como podem os homens guardar tantas palavras? Era impossível, ninguém conservaria tão grande soma de conhecimentos. Livres dos nomes, as coisas

se comunicar com os seus semelhantes, o que ocorre por meio dos signos. O signo[73] não é o objeto. Está no lugar do objeto, por isso tem *status* lógico de relação.[74] O Direito, além de se assentar na necessidade da linguagem social, cria, haja vista sua natureza prescritiva, outra linguagem. Para alterar a realidade, cria outra realidade por meio de nova camada linguística. O Direito é um sistema de comunicação social que penetra todos os porões da existência humana. Conforme lição de Gregorio Robles: "Gracias al Derecho podemos entendernos en nuestras relaciones, aunque varíen nuestras mentalidades y nuestras costumbres personales. Y si la comunicación es posible porque hay lenguaje, algo tendrá que ver com este también el Derecho".[75]

Em resumo, podemos afirmar que é impossível não se comunicar.[76] Tudo que existe em nossa volta comunica-se todo o tempo. Todas as coisas que estão no mundo têm sentido para nós, o que nos obriga a afirmar que apreendemos as coisas por meio de uma

ficavam distantes, misteriosas. Não tinham sido feitas por gente". Editora Record, Rio de Janeiro, 2013, p. 33.

73 "Las palabras son signos arbitrarios que se convierten en convencionales una vez que son adoptados por los usuarios del lenguaje. El significado de cada palabra no ha sido originalmente detectado o descubierto, sino asignado o estipulado." MENDONCA, Daniel e GUIBOURG, Ricardo A., **La Odisea Constitucional – Constitución, teoría y método**, Marcial Pons, Madrid, p. 97.

74 "O falar em linguagem remete o pensamento, forçosamente, para o sentido de outro vocábulo: o signo. Como unidade de um sistema que permite a comunicação inter-humana, signo é um ente que tem o *status* lógico de relação. Nele, um suporte físico se associa a um significado e a uma significação, para aplicarmos a terminologia husserliana." CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário, Linguagem e Método,** op. cit., pp. 33/34.

75 **Teoría Del Derecho – fundamentos de teoria comunicacional del derecho,** Volumen I, tercera edición, Civitas, Navarra/Espanha, 2010, p. 86.

76 "Por outras palavras, não existe um não-comportamento ou, ainda em termos mais simples, um indivíduo não pode não se comportar. Ora, se está aceito que todo comportamento, numa situação interacional, tem valor de mensagem, isto é, é comunicação, segue-se que, por muito que o indivíduo se esforce, é-lhe impossível não comunicar. Atividade ou inatividade, palavras ou silêncio, tudo possui um valor de mensagem; influenciam outros e estes outros, por sua vez, não podem não responder a essas comunicações e, portanto, também estão comunicando." WATZLAWICK, Paul, BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D., **Pragmática da Comunicação Humana,** trad. Álvaro Cabral, Editora Cultrix, São Paulo, 1967, pp. 44/45.

linguagem, pois há sentido em tudo.[77] Assim, a exigência da linguagem é indisputável. O Direito, para cumprir a sua finalidade, que é alterar a conduta humana visando solucionar conflitos, tornar a vida, dentro do possível, previsível, diminuir o azar, necessita estabelecer uma comunicação. Sem comunicação não há Direito. A comunicação, por sua vez, impõe uma linguagem.[78]

A DISTINÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA

A distinção entre texto e norma é comumente mencionada pela doutrina. O processo legislativo consiste numa produção de textos,[79] de enunciados prescritivos; as normas em sentido estrito surgem após a interpretação, daí, muitas vezes, os desacordos. Paulo de Barros Carvalho enfatiza que "nunca é demais repetir que as normas jurídicas são as significações que a leitura do texto desperta em nosso espírito e, nem sempre, coincidem com os artigos em que o legislador distribui a matéria, no corpo escrito da lei".[80] Embora com eles não se confundam, as normas dependem dos textos, dos enunciados prescritivos.

---

77 "Cada pessoa, cada objeto, cada elemento natural ou artificial de nossa paisagem, cada força ou organização 'comunica-se' continuamente. Comunicar, neste caso, quer simplesmente dizer difundir informação sobre si, apresentar-se ao mundo, ter um aspecto que é interpretado, embora tacitamente, por qualquer um que esteja presente. Em seguida, a propósito desse fenômeno, seguindo uma terminologia semiótica mais rigorosa, falaremos de 'significiar', ou de 'ter sentido'. Todas as coisas do mundo têm sentido para nós." UGO VOLLI. **Manual de Semiótica,** trad. Silva Debetto C. Reis, Edições Loyola, São Paulo, 2007, p. 18.

78 "No es concebible una sociedad sin lenguaje, como tampoco es concebible sin Derecho. Sociedad, lenguaje y Derecho son realidades que siempre han ido unidas." ROBLES, Gregório, **Teoría Del Derecho: fundamentos de teoria comunicacional del derecho**. Volumen I, tercera edición, Civitas, Navarra/Espanha, 2010, p. 86.

79 "Quando o Poder Constituinte promulga a Constituição Federal, produz um texto; quando o legislador edita uma Lei, produz texto (...)".CARVALHO, Aurora Tomazini de**. O Constructivismo Lógico-Semântico como Método de Trabalho na Elaboração Jurídica**, *in* **Construtivismo Lógico-Semântico**, vol. I, 2ª edição, editora Noeses, São Paulo, 2020, pp. 24/25.

80 **Curso de Direito Tributário**, 33ª edição, editora Noeses, São Paulo, 2023, p. 262.

A ausência de textos impede a construção de normas, sejam elas constitucionais, legais ou quaisquer outras. Textos esses positivados democraticamente, com respeito às regras postas antecipadamente. Conforme lição de Norberto Bobbio, "[...] quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*",[81] regras que recebem, conforme a sua procedimentalização, os impulsos políticos inevitáveis na produção do Direito, na enunciação. Sem democracia não há Direito, nem direitos. O procedimento democrático, juridicamente organizado, legitima o Direito na sua tarefa de regulação da conduta humana. A Democracia, assim como o amor, é um trabalho diário. Deve ser vigiada como faz uma mãe, que dorme olhando os filhos com os olhos na estrada, como diz uma bela canção de Djavan.[82]

A partir dos enunciados contidos nas fontes do Direito, as normas jurídicas são construídas. O texto consiste num conjunto de palavras que formam os enunciados prescritivos; já a norma jurídica é o produto da sua interpretação.[83] Concluída a interpretação, tem-se a norma jurídica com uma estrutura lógica apta a regular a conduta e permitir a subsunção. Assim, todos os que lidam com o Direito o interpretam, seja para aplicá-lo ou para estudá-lo. Os "intérpretes autênticos" vão além da interpretação cognoscitiva, para, da própria interpretação, construir as normas de decisão do caso. É indispensável esclarecer, entretanto, que a construção da norma jurídica não ocorre

81 **O Futuro da Democracia** – uma defesa das regras do jogo, 5ª edição, trad. de Marco Aurélio Nogueira, editora Paz e Terra, São Paulo, 1992, p. 18.

82 **A Rota do Indivíduo (Ferrugem)**, Coisa de Acender, Sony Music, 1992.

83 "Deve distinguir-se entre enunciado (formulação, disposição) da norma e norma. A **formulação da norma** é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de uma fonte de direito). **Norma** é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). **Disposição** é parte de um texto ainda a interpretar; norma é a parte de um texto interpretado." J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição (20ª reimpressão), Livraria Almedina, Coimbra, 2018, pp. 1.201/1.202.

apenas no processo de aplicação a um caso concreto. O aplicador, com base na disposição normativa, está vinculado a um sentido geral, ponto de partida para a construção da norma do caso. Segundo Marcelo Neves, "se afirmamos que a produção da norma só ocorre no processo concretizador, persistirá a questão de se os juízes e órgãos competentes para a concretização normativa não estariam subordinados a normas antes de cada solução de caso".[84] A questão é relevante porquanto caminho diverso descamba para o risco de ingressarmos num realismo decisionista,[85] que poderá promover, conforme mostrado linhas acima, um antagonismo indesejável entre texto e norma, o que seria um enfraquecimento, ou mesmo desprezo, do plano da literalidade textual, suporte físico das significações jurídicas.[86]

As normas jurídicas são as significações que colhemos da leitura do texto normativo. Ricardo Guastini afirma que "*la disposizione è um enunciato che costituisce l'oggeto dell'interpretazione. La norma è um enunciato che costituisce il prodotto, o risultato, dell'interpretazione. In tal senso, le norme sono – per definizione – variabili dipendenti dell'interpretazione*".[87] Como se pode perceber, a norma jurídica não é algo pronto dado pelo ordenamento jurídico, mas o resultado de um labor ingente de criação, no sentido já exposto, promovido pelo intérprete. Um aspecto é fundamental: a atividade constitutiva da norma não significa a desconstrução do texto. Embora haja espaço para a construção do sentido em qualquer interpretação, ela não corre autonomamente, solta, ao acaso, como se o intérprete recebesse um texto nu, com zero grau de sentido.[88] O intérprete produz a norma, mas é preciso que fique evidente que não é uma criação *ex nihilo*, a partir

84 **Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais**, editora Martins Fontes, São Paulo, 2013, pp. 8/9.

85 NEVES, Marcelo, **Entre Hidra e Hércules –** princípios e regras constitucionais, op. cit., p. 9.

86 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário:** fundamentos jurídicos da incidência, op.cit., p. 91.

87 **Dalle Fonti Alle Norme**, G. Giappichelli Editore, Torino, 1992, pp. 18 e 19.

88 STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 4ª edição, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 729.

do nada; fosse assim, o plano da literalidade textual seria dispensável, não faria qualquer sentido, e o processo democrático de produção dos textos nada valeria.

O Direito por meio da positivação torna-se histórico, absorve, normatizando, os anseios do seu tempo. É por isso que os conteúdos normativos são positivados, em certo momento do tempo histórico, por meio dos instrumentos normativos tecidos pelo próprio Direito. Assim, a positivação dos instrumentos normativos insere o Direito no tempo e torna-o mutável conforme o mover da história. A produção do Direito (a enunciação), que o insere no tempo histórico, deixa as suas marcas (a enunciação enunciada). São os dêiticos. Eles permitem identificar pessoas, momentos, locais, procedimentos, etc. São os suportes físicos dessas marcas que têm cunho significativo. Os dêiticos não são o processo, mas estão no lugar dele para que se possa a ele retornar e produzir sentido. As projeções lançadas para fora da enunciação permitem estudar o procedimento utilizado para a constituição do texto – são as contingências políticas, sociais, etc. O atual momento do desenvolvimento da reforma tributária, por exemplo, terá muito a fornecer para a construção das futuras normas tributárias e financeiras.

No Direito, como tudo se dá por intermédio das normas, a instalação e a forma como os dêiticos serão mostrados no documento normativo são também reguladas pelo Direito. É o Direito cerzindo a sua própria existência. Sem proposições normativas do sistema jurídico positivo, nada pertence ao mundo jurídico. As normas abrem suas hipóteses para receber no universo do Direito os seus habitantes. Por meio dos dêiticos, o Direito prende-se à realidade,[89] embora

89 "los deíctos (o indicadores, para É. Benveniste) son elementos linguísticos referidos a la instancia de la enunciación y a sus coordenadas espacio-temporales: yo, aquí, ahora (...). Se trata entonces, como se ve, de la enunciación enunciada cuyo papel puede percibirse a través de los procedimientos de desembrague y de embrague que simulan la instalación o la supresión de una distancia entre el discurso-enunciado y la instancia de su emisión." A. J. GREIMAS; J. COURTÉS, **Semiótica** – Diccionario **Razonado de la Teoría del Lenguaje.** Madrid: Editorial Gredos, 1990. p. 105.

ela também, a realidade, seja construída socialmente.[90] A distinção entre a disposição[91] e a norma jurídica promove uma segunda temporalização do Direito. Se a disposição fosse idêntica à norma, um decalque, o Direito seria como água parada. Não se comunicaria com a realidade que precisa alterar.

Norma jurídica, expressão ambígua[92] usada em vários sentidos, não se confunde com os textos normativos; estes são os suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente, não temos ainda as normas jurídicas, mas os enunciados linguísticos, postados em silêncio.[93] Em estado de dicionário.[94] E enunciados plurívocos, pois não há uma correspondência biunívoca entre a disposição normativa (texto) e a norma jurídica (significação). Segundo Paulo de Barros Carvalho, "uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as normas jurídicas, como

90 "El interés sociológico en materia de 'realidad' y 'conocimiento' se justifica así inicialmente por le hecho de su relatividad social". BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. **La Construción Social de la Realidad**, Argentina: Amorrortu editores, 2001. p. 15.

91 "También se pode utilizar os termos 'formulação da norma', 'disposição normativa' ou 'enunciado normativo', para distinguir a forma linguística mediante a qual uma norma se expressa no plano do direito positivo, particularmente o direito escrito." NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules –** princípios e regras constitucionais, op. cit., p. 1.

92 "Com efeito, a ambiguidade da expressão 'normas jurídicas' para nominar indiscriminadamente as unidades do conjunto não demora a provocar dúvidas semânticas que o texto discursivo não consegue suplantar nos seus primeiros desdobramentos. E a clássica distinção entre 'sentido amplo' e 'sentido estrito'. Conquanto favoreça a superação dos problemas introdutórios, passa a reclamar novos esforços de teor analítico." CARVALHO, P. de B. **Direito Tributário, Linguagem e Método,** op. cit., p. 134/135.

93 "Sim, a própria palavra está em silêncio, antes de transfigurar-se em pensamento ou imaginação, sentimento ou ação, entendimento ou compreensão, utopia ou nostalgia. É como se estivesse erma de forma e movimento, som e sentido. Aguarda, em silêncio, o esclarecimento, a revelação, o deslumbramento." IANNI, O. Língua e Sociedade. *In.:* VALENTE, A. (org.). **Aulas de Português –** perspectivas inovadoras. Petropolis: editora Vozes, 1999. p. 16.

94 "Quando um rio corta, corta-se de vez/ o discurso-rio de água que ele fazia;/ cortado, a água se quebra em pedaços,/ em poços de água, em água paralítica./ Em situação de poço, a água equivale/ a uma palavra em situação dicionária:/ isolada, estanque no poço dela mesma,/ e porque assim estanque, estancada;/ e mais: porque assim estancada, muda,/ e muda porque com nenhuma comunica,/ porque cortou-se a sintaxe desse rio,/ o fio de água por que ele discorria." MELO NETO, J. C. de. **Rios sem Discurso** (Nordeste). **Poesia Completa** − Educação pela Pedra e Depois. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999. p. 21.

significações construídas a partir dos textos positivados e estruturados consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições".[95] No discurso jurídico, portanto, há forte ambiguidade do termo norma jurídica, que muitas vezes é tido por documento normativo, outras por enunciado prescritivo (conteúdo), e ainda por sua interpretação, que é o que propriamente chamamos de norma jurídica.

Ao tratar da distinção entre texto e norma jurídica, João Maurício Adeodato aduz: "Procura-se aqui um meio-termo teórico entre o casuísmo irracionalista, segundo cuja teoria o texto da norma jurídica quase nada significa e o juiz cria livremente o direito, e a defesa ingênua de uma verdade jurídica única para a aplicação da Constituição diante dos conflitos concretos, a crença na solução trazida por uma interpretação competente, justa e racionalmente cogente de textos jurídicos, adequada à coisa, isto é, ao seu objeto". E mais adiante: "O texto normativo genérico previamente dado, elaborado pelo poder legiferante, não constitui a norma jurídica, mas apenas fornece um ponto de partida para sua construção diante do caso concreto".[96] O texto é um dado de entrada, o plano da literalidade textual já mostrado, pois sempre devemos ter em mente que signo tem *status* lógico de relação. Ele não é o objeto, ocupa o seu lugar para permitir a comunicação. Por isso, a distinção entre disposição e norma se impõe, com os condicionamentos mencionados.

A norma como produto da interpretação se assemelha à tradução. Tanto a interpretação como a tradução são reformulações de disposições, mas não basta a interpretação. Exige-se a acomodação dela numa estrutura sintática apta a promover a alteração da conduta, por isso cumpre distinguir o processo legislativo do processo normativo.[97] O primeiro produz o instrumento normativo, o segundo,

95 AUTORIA. **Direito Tributário, Linguagem e Método.** São Paulo: editora Noeses, São Paulo, 2009. p. 129.

96 AUTORIA. **A Retórica Constitucional:** sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**.** São Paulo: editora Saraiva, 2010. p. 193.

97 Como lembra Eros Roberto Grau, "aqui a segunda oposição, agora entre a dimensão legislativa e a dimensão normativa do direito. Uma, no processo legislativo; outra,

a norma jurídica.[98] Mas há uma interdependência deles, pois não se pode admitir que sejam momentos totalmente apartados. Se assim fosse, a atividade de produção de enunciados prescritivos seria desnecessária, um mero enfeite.[99]

A construção da norma jurídica decorre de um processo complexo, que não se limita a tomar como base os textos contidos nos instrumentos normativos. Lourival Vilanova fala de uma autoconsciência entre o Direito, objeto, e o Direito, ciência. O sentido do Direito Positivo, para a solução de um caso, é construído a partir das proposições da Ciência do Direito, também.[100] Não só. O conjunto

---

no processo normativo (=produção da norma pelo intérprete autêntico no sentido de Kelsen – o juiz)". **Por que tenho medo dos Juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), 6ª edição, Malheiros editores, São Paulo, 2014, p. 41.

98 C. A. LÚCIO BITTENCOURT já chamava a atenção para essa situação, e situava a interpretação como parte complementar do processo legislativo: "[...] a interpretação [...] é a parte integrante, complementar, inseparável do processo legislativo". "A lei, enquanto não interpretada pela autoridade competente, é um organismo sem vida. O sopro divino do intérprete é que transmite à argila das palavras a força e o poder, o pensamento, o espírito, enfim, que a vivifica e anima". *A interpretação como parte integrante do processo legislativo,* publicado originalmente na **Revista Forense**, vol. 94 – 1943/abril a junho, Revista Forense – comemorativa 100 anos, Tomo I, Direito Constitucional, coordenador Nagib Slaibi Filho, editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 55 a 68.

99 Ao tratar de princípios e regras, Eurico Marcos Diniz de Santi faz instigante observação que cabe como uma luva no que queremos demonstrar: "Observamos, contudo, que os dispositivos constitucionais servem, justamente, para que o constituinte possa objetivar e delimitar valores, imprimindo-lhes traços e feições peculiares aos objetivos que persegue. Não podem ser descartados ou tomados como obstáculo na construção do sentido de qualquer princípio, sob pena de infundir no direito o absurdo de se pretender revogar dispositivos sem se ocupar com os conteúdos e as restrições expressamente veiculadas nestes preceptivos. Se assim não fosse, para que dispositivos legais? Que se aplicassem os princípios!" **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**, 4ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 55.

100 "Parece ser uma das características do direito positivo o constituir-se ele, também, com a Ciência do Direito. Os fatos físicos, em sentido amplo, não se compõem com as ciências que os têm por temáticos. Uma coisa é a luz; outra, a teoria científica sobre a energia luminosa. Mas, no direito, não se pode isolar, por exemplo, o instituto da posse, da teoria ou teorias dogmáticas sobre a posse. Nem um corpo inteiro de normas, como um Código Civil, da Ciência do Direito Civil, nem uma Constituição das tendências dominantes no direito público à época em que o constituinte elaborou a Constituição. A Ciência do Direito é a autoconsciência, em termos de conceitos, do direito vigente: ao mesmo tempo, o direito vigente incorpora a ciência de si mesmo, autocompondo-se num processo dialético intérmino, sem repouso, entre os dois polos: a experiência jurídica e a teoria dessa experiência." VILANOVA, Lourival, Fundamento do Estado

de decisões de outros casos, a jurisprudência, as proposições de outros campos de conhecimento, tudo isso concorre para a formação do sentido (a norma) a ser aplicado ao caso sob análise. O processo normativo, aquele que produz a norma jurídica, exige cautela[101] para que não se ultrapasse o limite da legitimidade, pois não há uma correspondência entre dispositivo (enunciado) e norma jurídica. Toda disposição é (mais ou menos) vaga e ambígua, de modo que tolera diversas, muitas vezes conflitantes, interpretações; por isso, não é incomum, por exemplo, que haja sentidos desarmônicos entre a administração pública e os contribuintes, especialmente ante os casos concretos, pois os fatos da pretensão cumprem um importante papel na produção do sentido.

Assim, tomada uma disposição como base empírica, podemos a partir dela construir não apenas uma norma, mas várias normas que se associam em sentidos possíveis da disposição. Outras vezes, contudo, vários enunciados prescritivos, várias disposições, expressam a mesma norma, o que tem relevância e consequência no campo da eficácia jurídica. Tal situação ocorre, especialmente, quando analisamos disposições de instrumentos normativos diversos, ou seja, várias disposições que repetem no seu sentido a mesma norma jurídica. A mesma disposição encontra-se na Constituição, na lei e no regulamento. Embora em instrumentos normativos diversos, exprime o mesmo sentido, pois se serve do mesmo antecedente e prescreve a mesma regulação da conduta.

Embora a moldura de Hans Kelsen[102] seja hoje colocada em dúvida,[103] não há como se admitir norma sem disposição, sem texto.

---

de Direito, *in* **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, Volume 1, editora XIS MVNDI IBET, 1ª edição, São Paulo, 2003, p. 413/414.

101 Ver nota de rodapé nº 13.

102 "[...] o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação de uma moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem." KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito.** 6ª edição, op. cit., p. 467.

103 "O que o legislador faz, mesmo o legislador constituinte originário, é produzir o texto legal ou constitucional, não a norma propriamente dita, nem sequer a moldura dentro da qual se situam as interpretações devidas." ADEODATO, João Maurício, **A**

Ou seja, sentido sem uma base empírica subjacente, e base empírica que tenha como referência um ou vários enunciados prescritivos. Muito embora saibamos que o sentido não é construído, apenas, a partir deles. Mas sem eles, os enunciados contidos numa fonte, o Direito perderia sua especificidade e se confundiria com outros sistemas normativos, que são sistemas estáticos. Sem um texto para estabelecer o início da interpretação, todo e qualquer sentido seria admissível, permitindo interpretações arbitrárias,[104] conforme mencionado anteriormente. Daí a importância do plano da expressão, aquele onde se encontram depositados os enunciados prescritivos, postos por autoridade competente, conforme as normas de estrutura. O Direito, veremos adiante, sempre retorna ao plano da expressão.

A distinção entre texto e norma, no entanto, coloca alguns problemas que demandam uma preocupação maior da doutrina. O que nem sempre ocorre. É que tendo em vista que as normas decorrem da combinação de várias disposições, uma norma pode ser alterada em face da alteração de disposições, inclusive de definições.[105] A modificação de disposições pode determinar a alteração da norma, sem que a disposição principal que concorre para a construção da norma haja sido alterada. Ou seja, de uma disposição constrói-se uma norma jurídica – N1. De outra disposição, exprime-se outra norma

---

Retórica Constitucional – sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo, op. cit., p. 202.

104 "Em suma, dizer que um texto é potencialmente sem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz. Até mesmo o desconstrucionista mais radical aceita a ideia de que existem interpretações clamorosamente inaceitáveis. Isso significa que o texto impõe restrições a seus intérpretes. Os limites da interpretação coincidem com os direitos do texto (o que não quer dizer que coincidam com os direitos do seu autor)." ECO, Umberto. **Os Limites da Interpretação.** Editora Perspectiva, São Paulo, 1990, p. XXII. "A liberdade é bonita, mas não é infinita! Eu quero que você acredite, a liberdade é a consciência do limite!", JORGE MAUTNER e JOSÉ MIGUEL WISNIK, **A Consciência do Limite.**

105 "[...] el legislador puede lograr la modificación del sistema de dos maneras muy distintas: mediante el cambio directo del texto de la norma o mediante el cambio del sentido (significado) de dicho texto, sin modificar este último, lo cual se logra modificando las definiciones de los términos que en él se emplean." MENDONCA, Daniel, **Interpretación y aplicación del dececho**, Universidad de Almeria, Almeria, 1997, p. 44.

– N2. Mas das duas disposições tem-se uma terceira norma – N3. A alteração da segunda disposição, por exemplo, irá refletir nas normas construídas com base nela. A segunda – N2 – e a terceira – N3 – normas.

Outros aspectos que merecem consideração dizem respeito à validade e à vigência. Validade e vigência seriam da disposição, não da norma. Não tem sentido falar de validade e vigência para as normas jurídicas. Todas elas só podem ser construídas a partir de enunciados prescritivos válidos e vigentes. Outra questão decorrente da distinção entre enunciado prescritivo e norma jurídica é a hierarquia das normas. Seria possível falar de norma puramente legal? Toda norma seria, assim, constitucional? É comum a lição de que toda interpretação, o caminho para a construção da norma jurídica, é sistemática.[106] O processo de interpretação envolve a verificação da autenticidade e da constitucionalidade do dispositivo ou do ato normativo com o qual estamos envolvidos. Assim, a norma jurídica sempre decorre da combinação de vários enunciados prescritivos, por vezes situados em instrumentos normativos de hierarquia diversa, o que talvez reclame uma reflexão sobre a hierarquia no plano das normas jurídicas.

Em razão do que se disse logo acima, um ponto deve ser ressaltado. A norma jurídica consiste, também, num método para nos aproximarmos do caso concreto e construirmos a solução. Construída a norma pelo aplicador do Direito, na sua aplicação ao caso concreto por meio da enunciação, ela converte-se em enunciado.[107] Todo o

106 "[...] o método sistemático, momento em que o intérprete se volta para o sistema jurídico para observar, detidamente, a regra em cotejo com multiplicidade dos comandos normativos que dão sentido de existência do direito positivo. É nesse intervalo que o exegeta sopesa os grandes princípios, indaga dos postulados que orientam a produção das normas jurídicas nos seus vários escalões, pergunta das relações de subordinação e de coordenação que governam a coexistência das regras. O método sistemático parte, desde logo, de uma visão grandiosa do direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda a pujança que a ordem jurídica ostenta." CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de Direito Tributário.** 33ª edição, editora NOESES, São Paulo, 2023, p. 102.

107 A enunciação normativa produz os enunciados prescritivos. Os enunciados prescritivos dividem-se em: a) enunciação enunciada e b) enunciado enunciado. Esses enunciados compõem o documento normativo. Da enunciação enunciada construímos uma norma jurídica concreta e geral, o instrumento introdutor, como, por exemplo, a lei. Assim, a lei também é uma norma. A partir dos enunciados

processo de construção normativa, que leva em conta o universo jurídico, retorna ao texto (no sentido de enunciado). No processo judicial, a norma jurídica após a aplicação torna-se texto (enunciado), contido na sentença ou no acórdão. No processo administrativo, a norma converte-se em texto por meio do ato administrativo. Já no âmbito legislativo, a norma ao ser aplicada converte-se em emenda à Constituição, lei complementar, lei ordinária etc. A partir do texto, temos acesso ao que foi interpretado no momento da aplicação. Assim, embora a norma jurídica tenha sido construída com base em enunciados normativos que constam em instrumentos normativos de hierarquias diversas, após a aplicação, passa a ter a hierarquia do instrumento introdutor que a veicula por meio do seu texto (enunciado).

A construção da norma jurídica perpassa os quatro planos linguísticos que o Direito apresenta: a) o sistema da literalidade dos textos – plano da expressão; b) o conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos – plano das significações; c) o conjunto articulado das significações normativas – plano das normas jurídicas; e d) a organização das normas construídas no terceiro nível, ou seja, os vínculos de coordenação e de subordinação que se estabelecem entre as regras jurídicas.[108] Embora seja evidente a relação entre os quatro sistemas, o plano dos significantes, o plano das normas e o plano da organização das normas construídas, todos dependem do plano da expressão, o que é ressaltado por Paulo de Barros Carvalho: "Em qualquer sistema de signos, o esforço de decodificação tomará por base o texto, e o desenvolvimento hermenêutico fixará nesta instância todo o apoio de suas construções".[109]

O plano da literalidade é condição necessária para a existência dos outros três, porquanto é o único dotado de objetividade. E mais: é

enunciados construímos as demais normas, que significam o conteúdo da lei. Tais normas podem ser gerais e abstratas, individuais e concretas, etc.

108 **Direito Tributário – fundamentos jurídicos da incidência, 11**ª edição, op. cit., p. 85 e ss.

109 **Direito Tributário – fundamentos jurídicos da incidência, 11**ª edição, op. cit., p. 20.

a partir dele que se pode avaliar a "correção" dos demais. Ele marca a validade e a vigência dos textos. Toda construção significativa só poderá ser validamente edificada em face de um plano da expressão vigente. As normas jurídicas são construídas a partir de textos vigentes, não somente válidos. Há textos válidos sem vigência; a partir deles não se constroem normas. Mas, conforme vimos, construída a norma jurídica, após a sua aplicação, ela se converte em texto (enunciado), um segundo texto em outro instrumento normativo (geralmente secundário).

A LINGUAGEM DO FATO

Os fatos jurídicos não são da ordem do inefável. Para propiciar certeza e segurança jurídica, o Direito exige registro. Não seria possível um fato jurídico sem determinação específica, por isso a linguagem. Mas não são apenas os fatos jurídicos que reclamam linguagem para a sua expressão. Os eventos, os objetos que observamos no mundo, são parte de uma maquinaria conceptual que nos possibilita compreendê-los e falar sobre eles, bem como tirar conclusões acerca deles.[110] Tudo que observamos é apropriado, recebido por uma linguagem: a linguagem do evento observado. Só assim é possível fecharmos os olhos e revestirmos o que observamos por meio de linguagem. Segundo Peter Berger e Thomas Luckmann, "*las objetivaciones comunes de la vida cotidiana se sustentan primariamente por la significación linguística. La vida cotidiana, por sobre todo, es vida con el lenguaje que comparto con mis semejantes y por médio de él. Por lo tanto, la comprensión del lenguaje es esencial para qualquier comprensión de la realidad de vida cotidiana*".[111]

110 "Tanto no nacionalismo e tribalismo, como no mercantilismo, colonialismo, imperialismo e globalismo, os signos e os significados, as figuras e as figurações da linguagem revelam-se constitutivas da realidade, das condições e possibilidades socioculturais e político-econômicas de indivíduos e coletividades." IANNI, O. Língua e Sociedade. *In.:* Valente, André (org.). **Aulas de Português: perspectivas inovadoras**, op. cit., p. 13.

111 **La Construción Social de la Realidad,** Amorrortu editores, Buenos Aires, 2001, p. 55.

A linguagem permite que percepções da nossa atividade da vida cotidiana possam ser observadas e contadas em outros contextos, ou seja, possam transmitir-se. Os eventos da vida só se tornam objetivos por meio da linguagem. Precisamos falar sobre eles, do contrário ficam misteriosos, distantes. Não seriam feitos por gente. Ainda segundo os autores mencionados linhas acima: "*El lenguaje también tipifica experiências, permitiéndome incluirlas en categorias amplias en cuyos términos adquieren significado para mi y para mis semejantes*".[112] O ser humano toma conta da realidade, de tudo que se encontra no mundo, por meio de sua capacidade de criar uma linguagem. O passado consiste no objeto da história, porém construído, escrito e compreendido ante as circunstâncias do presente.

É por meio da prova, por exemplo, que o Direito retorna ao passado para constituí-lo. O passado é irremissível. Esgota-se. Mas, por meio da prova, poderemos (re)constituí-lo, e assim ocorre porque saturamos os supostos acontecimentos por meio de uma linguagem. Inicialmente uma linguagem socialmente aceita, primeira redução. Depois, uma linguagem, a competente, tecida pelo próprio Direito. Sem linguagem, seja social ou jurídica, não temos passado, nem muito menos prova dele.[113] Como diz Dardo Scavino, "*Desde la perspectiva hermenéutica, sin embargo, nunca conocemos la cosa tal cual es fuera de los discursos que hablan acerca de ella y, de alguna manera, la crean o la construyen. Siempre conocemos, según el lema nietzscheano, una interpretación o una versión de los hecos, y nuestra versión resulta a su vez una versión de esa versión.*"[114] A realidade externa, e tudo que nela

112 **La Construción Social de la Realidad,** op. cit., p. 57.

113 "Tanto el discurso científico como el judicial son discursos linguísticos; o, si se quiere, en ambos casos se pretende afirmar la verdad no de hechos sino de enunciados sobre los hechos: en particular, en el discurso judicial los llamados 'hechos probados' no son más que enunciados asertivos de los que se predica la verdad." ABELLÁN, M. Gascón, **Los hechos en el Decrecho.** Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 53.

114 **La Filosofía Actual: pensar sin certezas**, Paidós, Buenos Aires, 1999, pp. 38/39. Em linguagem saborosa, escreve Jose Saramago, "parece que não vês que as palavras são rótulos que se pegam às cousas, não são as cousas, nunca saberás como são as cousas, nem sequer que nomes são na realidade os seus, porque os nomes que lhes deste não são mais do que isso, os nomes que lhes deste." **As Intermitências da Morte.** Companhia das Letras, São Paulo, 2005, p. 72.

se encontra, só pode ser apropriada pelo Direito por meio de uma linguagem.

Assim, não é uma mera ilação dizer que a linguagem também está presente na constituição do fato. O fato só se torna fato quando vertido em linguagem.[115] Antes, é evento que se consome no tempo e no espaço.[116] Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "é preciso distinguir entre *fato* e *evento*. A travessia do Rubicão por César é um *evento*. Todavia, 'César atravessou o Rubicão' é um *fato*. Quando, pois, dizemos que é um fato que 'César atravessou o Rubicão', conferimos *realidade* ao *evento*. 'Fato' não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade".[117] Quando se trata de fato jurídico, a linguagem competente é a linguagem das provas. Adverte Paulo de Barros Carvalho:[118] "Se não há fato sem articulação de linguagem, também inexistirá fato jurídico sem a linguagem específica que o relate como tal". E complementa: "faltando a linguagem jurídica competente para narrar o acontecimento, não se poderá falar em fato jurídico. Conserva sua natureza factual porque descrito em linguagem ordinária, porém não alcança a dignidade de fato jurídico por ausência da expressão verbal adequada".

Para que um fato do mundo empírico (já relatado em linguagem) possa ser visto e interpretado como um fato jurídico, é necessário que uma norma chegue até ele, apanhe-o e constitua o seu sentido

115 Fato é ação ou coisa feita, ocorrida. Passado. Dizemos: é fato. Ocorreu. Só podemos dizer que ocorreu se pudermos falar (dizer) sobre ele. E como fazê-lo sem o revestimento linguístico?

116 "Para relatar tal acontecimento, no entanto, é preciso conhecê-lo, o que, para nós, só é possível mediante linguagem. Percebemos os acontecimentos pela modificação de um estado físico, que se esvai no tempo e no espaço. A tal modificação só temos acesso cognoscitivo pela linguagem que dela fala." CARVALHO, Aurora Tomazini de, **Curso de Teoria Geral do Direito.** 3ª edição, editora Noeses, São Paulo, 2013, p. 529.

117 **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**, 9ª edição, editora Atlas, São Paulo, 2016, p. 232.

118 **IPI – Comentários Sobre as Regras Gerais de Interpretação da Tabela NBM/SH (TIPI/TAB).** Revista Dialética de Direito Tributário, editora Dialética, nº 12, São Paulo, 1999, p. 44.

para o Direito.[119] No âmbito do Direito, todos os seus elementos são explicitados por meio de palavras, são verbalizáveis.[120] Só serão fatos jurídicos os enunciados que puderem sustentar-se em face das provas previstas no sistema normativo, segundo Paulo de Barros Carvalho: "De ver está que o discurso prescritivo do direito posto indica, fato por fato, os instrumentos credenciados para constituí-los, de tal sorte que os acontecimentos do mundo social que não puderem ser relatados com tais ferramentas de linguagem não ingressam nos domínios do jurídico, por mais evidentes que sejam".[121] Um fato qualquer só adquire a condição de fato quando revestido em linguagem; antes, é mero evento. E no Direito não basta a linguagem natural. Requer mais. Requer linguagem competente, a linguagem das provas que é prescrita pelo Direito.

Tal circunstância não escapou à percepção de Hans Kelsen:[122] "[...] *cuando el orden jurídico, de manera general, enlaza a ciertos hechos, como condiciones, determinadas consecuencias, de manera necesaria deve prescribir también cómo debe comprobarse auténticamente la existencia del hecho condicionante en un caso concreto, para que la consecuencia estatuida pueda ser realizada*". E acrescenta, deixando evidente que é a prova que constitui o fato: "*Por ello, no son los hechos en sí a los que están enlazadas las consecuencias jurídicas, sino a la determinación constitutiva de los hechos dentro de un procedimiento jurídico*". Sem estar provado, fato não é fato. É mero evento. É o Direito positivo que estabelece como os fatos podem ser provados. Como diz o professor Paulo de Barros

119 "Un silogismo formado por una norma jurídica como premisa mayor (el elemento jurídico de la decisión), un conjunto de hechos particulares como premisa menor (el elemento fáctico de la decisión) y una conclusión que asigna a estos hechos la consecuencia jurídica prevista por la norma." GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga, **"Iura Novit Curia" y Aplicación Judicial del Derecho**. Editorial Lex Nova, Valladolid – Espanha, 2000, p. 66.

120 ROBLES, Gregório: "La linguisticidad es la forma natural de aparición fenoménica del Derecho. En ese sentido puede afirmarse que el Derecho es lenguaje." **Teoría Del Derecho: fundamentos de teoria comunicacional del derecho**. Volumen I, tercera edición, Civitas, Navarra/Espanha, 2010, p. 87.

121 **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência,** 11ª edição, op. cit., p. 137.

122 **Qué es um Acto Jurídico?** Isonomia, nº 4, Madrid, 1996, p. 68/69.

Carvalho, "fatos jurídicos não são simplesmente os fatos do mundo social, constituídos da linguagem de que nos servimos no dia a dia".[123]

A concreção do suporte fáctico necessita do conhecimento das pessoas, e esse fato que se deu no mundo da vida precisa ser provado por meio da linguagem competente das provas. A prova do fato, que atesta a incidência, também é resultante da incidência de outras normas. É o Direito, e não a mera percepção física ou sensorial das pessoas, que atesta o fato. Ausente a prova jurídica do fato, não há que se falar em incidência. Os fatos jurídicos, para que possamos tomá-los como ocorridos, são suscetíveis de manifestar-se em linguagem. Victoria Iturralde Sesma, ao tratar da linguagem do Direito, deixa evidente: "Es un hecho patente el soporte linguístico del derecho".[124]

A lição, tantas vezes aqui repetida, de Hans Kelsen é importante para evidenciar o que pretendemos deixar claro: "É um princípio fundamental da técnica jurídica, embora frequentemente esquecido, que não existem no domínio do Direito fatos absolutos, diretamente evidentes, 'fatos em si', mas apenas fatos estabelecidos pela autoridade competente em um processo prescrito pela ordem jurídica. Não é ao roubo como um fato em si que a ordem jurídica vincula certa punição. Apenas um leigo formula a regra de Direito dessa maneira. O jurista sabe que a ordem jurídica vincula certa punição apenas a um roubo assim estabelecido pela autoridade competente, seguindo um processo prescrito. Dizer que 'A' cometeu um roubo só pode expressar uma opinião subjetiva. No domínio do Direito, apenas a opinião autêntica, isto é, a opinião da autoridade instituída pela ordem jurídica para estabelecer um fato, é decisiva. Qualquer outra opinião sobre a existência de um fato, tal como determinado pela ordem jurídica, é irrelevante do ponto de vista jurídico".[125]

123 **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência,** 11ª edição**,** op. cit., p. 127.

124 **Lenguaje Legal y Sistema Jurídico.** Tecnos, Madrid, 1989, p. 29.

125 **O que é Justiça.** trad. Luís Carlos Borges, editora Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 246.

A incidência, que é um tema nuclear no estudo do Direito,[126] só ocorre depois de conhecido o fato mediante as provas que o Direito prescreve. Não é o conhecimento meramente empírico, mas o conhecimento jurídico. E mais, a própria norma não incide com a literalidade de seu texto. A norma, para que incida, necessita da construção humana, que se dá por intermédio da interpretação. Segundo Raimundo Bezerra Falcão, "[...] se se deseja dar vida vivente ao Direito, não se fale em Direito. Fale-se em interpretação dele. Esta é que se aplica à existência efetiva das relações convivenciais".[127] Assim, a verificação dos fatos como fatos jurídicos também se constitui como outro momento da tarefa interpretativa. É que o procedimento da subsunção, ou incidência, também é etapa da interpretação. Alf Ross chama esse momento da interpretação de "interpretação por referência". Diz ele: "*Una interpretación del segundo tipo estará dirigida a decidir si un cierto curso de hechos 'satisface' el significado de la expresión, de modo que pueda afirmarse que nos hallamos en presencia de hechos que la expresión designa*".[128]

O exame de todos os elementos necessários para aplicar o Direito exige que tais elementos estejam vertidos por meio de uma linguagem apta a compreendê-los. Tomar esses elementos como fora do texto é diminuir o sentido de texto. Se os elementos que não constituem o texto do Direito positivo exigem interpretação, esta só poderá ocorrer se tais elementos estiverem vertidos em linguagem. Sem ela, a linguagem, não haveria comunicação e seria impossível compreender esses elementos. Onde há significação, há linguagem, e seria impossível eliminar a possibilidade de significação. Assim, todos os elementos tomados para a compreensão e a aplicação do Direito

126 "Um dos conceitos fundamentais da teoria do geral do direito é o de incidência. A regra incide sobre o dado-de-fato. Esse dado-de-fato é o suporte fático. A incidência nem sempre o toma em sua complexidade compositiva. Recorta-o, simplificando." A Teoria do Direito em Pontes de Miranda, *in* **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, Volume 1, editora XIS MVNDI IBET, 1ª edição, São Paulo, 2003, p. 407.

127 **Hermenêutic**a. Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 147.

128 **Sobre El Derecho Y La Justicia.** Tradução Genaro Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1994, p. 113/114.

estão cobertos de representações simbólicas e chegam ao sujeito cognoscente (aplicador e estudioso) como signo, que está submetido a critérios ideológicos de avaliação. Signo e ideologia andam juntos.

CONCLUSÃO

O Direito é composto por textos. Textos da ciência do Direito que, conforme visto, não significam a repetição do objeto, mas a adscrição de sentido axiologicamente informado. Textos jurídicos, do Direito positivo, e textos da realidade social sobre a qual incide. Mas não se deve confundir texto apenas com o escrito. Uma passagem de Gregório Robles bem retrata essa situação: "*El Derecho no sólo está en los textos escritos sino también em los 'textos de la realidad social'. Es más, el texto escrito casi nunca es un texto completo, sino que su comprensión integral solo suele ser posible si se le conecta con su parte no escrita. Una regla jurídica escrita no puede ser entiendida si no se la conecta hermenéuticamente con la realidad social a la que va dirigida, integrando dicha realidad como parte del texto completo de la regla en cuestión.*"[129] Portanto, toda a realidade social que é suscetível de compreensão e de interpretação pelos homens consiste num texto. É assim que a expressão texto é utilizada por Paulo de Barros Carvalho: "Não é de hoje que os estudiosos no campo da semiótica vêm tratando a figura do 'texto' como conceito de abrangência maior que a formulação escrita duma ideia em expressões idiomáticas. Texto, na acepção que venho considerando em meus trabalhos, extrapola tal definição estreita para abranger tudo aquilo que se possa interpretar".[130]

O que pretendemos mostrar neste estudo é que o Direito não escapa do cerco da linguagem. Assim, onde encontrarmos porção da vida em que se entrelacem as relações interpessoais, aí poderá estar o Direito. Logo, também estarão a norma jurídica e a forma como ela, a norma, se expressa: a linguagem. Desse modo, entender as

129 **Introdução a la Teoria del Derecho**. Editora Debate, Madrid, 1993, p. 161.

130 **Breves Considerações sobre a Função Descritiva da Ciência do Direito Tributário**, op. cit., p. 866.

formas de produção do Direito, as suas fontes, consiste em penetrar na linguagem do Direito para surpreendê-la naquilo que diz e que faz, mas não apenas. O mundo, com tudo que ele implica, chega até nós por meio de uma linguagem. Já é o produto de uma interpretação promovida por intermédio dos limites da cultura. Só poderemos falar sobre o mundo mediante uma linguagem. Assim, os eventos, os elementos necessários à aplicação do Direito, existem a partir de uma interpretação.[131]

A linguagem do Direito abrange a linguagem normativa e a linguagem dos fatos. O Direito é o resultado daquilo que foi falado ou escrito, ou seja, o Direito é aquilo que foi comunicado, o que só se torna possível por meio de uma linguagem. O Direito, portanto, não vai além das bases textuais, pois todas as situações da vida se mostram por meio de uma linguagem. Afastar a linguagem das coisas, desprezar que o ato humano de recepção capta as coisas por meio da linguagem, é sugerir um mundo sem sentido. Tal situação seria impossível para o Direito, pois tudo que nele se encontra tem um efeito comunicativo, com a finalidade de regular a conduta humana. Assim, analisamos algumas questões sobre a distinção entre enunciado e norma, a linguagem construtora da norma jurídica e a linguagem construtora do fato, para tentar demonstrar que existe uma influência recíproca entre essas linguagens. Não são autônomas. Por isso a interpretação tem limites. Não é possível, a partir do texto, construirmos qualquer sentido. E no Direito, a situação se torna mais relevante, visto que entra em cena a questão da legitimidade, em que o intérprete toma o lugar do produtor do texto, que culmina na sua explosão. A interpretação não é carente de objeto, não corre solta, por conta própria, apenas ao alvedrio do intérprete. Ao agir assim, o intérprete ingressa num

131 "Em primeiro lugar, denominaremos 'textos' a quaisquer objetos culturais, ou seja, objetos nos quais se manifesta o trabalho humano, enquanto 'cultura' designará qualquer produto do trabalho humano. Denominaremos 'textos' a estes objetos para destacar o fato de que transmitem – ou que neles se podem ler – ideias ou pensamentos, no sentido amplo desse termo, isto é, quais conteúdos de consciência ou, como diremos em seguida, ideologia." CORREAS, Óscar, **Crítica da Ideologia Jurídica – ensaio sócio-semiológico**, trad. Roberto Bueno, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995, p. 27.

decisionismo, porquanto não estaria subordinado a qualquer sentido prévio. O texto, portanto, impõe limites ao intérprete. Como já escrito, "a liberdade é a consciência do limite".

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, M. Gascón. **Los hechos en el Derecho.** Madrid: Marcial Pons, 2004.

ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional:** sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

AFTALION, Enrique R.; Olano, Fernando Garcia; VILANOVA, Jose. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.

ALCCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio**.** Definiciones y normas. *In.:*AUTORIA (org.). **Analisis Logico y Derecho**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 63-84.

ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: editora Contracorrente, 2022.

BASTOS, Cleverson Leite; CONDIOTTO, Kleber B. B. **Filosofia da Linguagem.** Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **La Construción Social de la Realidad**, Argentina : Amorrortu editores, 2001.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *In:* SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2005. p. 45-59.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia:** uma defesa das regras do jogo**.** São Paulo: editora Paz e Terra, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BORGES, Jorge Luis. Do Rigor da Ciência. *In.*: AUTORIA (org.). **O Fazedor**: Obras Completas. São Paulo: Editora Globo, 1999.

BORGES, José Souto Maior. **Ciência Feliz:** sobre o mundo jurídico e outros mundos. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994.

BULYGIN, Eugenio. Mi visión de la filosofia del Derecho, **DOXA,** n. 32, Madrid, 2009.

CALVINO, Italo. **As Cidades Invisíveis**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Editora Noeses, 2013.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. O Constructivismo Lógico-Semântico como Método de Trabalho na Elaboração Jurídica. I*n:* CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **Construtivismo Lógico-Semântico.** São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 25-46.

CARVALHO, Paulo de Barros. Breves Considerações Sobre a Função Descritiva da Ciência no Direito Tributário. *In.:* CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **Direito Tributário e os Novos Horizontes do Processo.** São Paulo: Editora Noeses, 2013. p. 19-36.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Editora Noeses, 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Editora Noeses, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Editora Noeses, 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: reflexões sobre filosofia e ciência em prefácios. São Paulo: Editora Noeses, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. IPI – Comentários Sobre as Regras Gerais de Interpretação da Tabela NBM/SH (TIPI/TAB). **Revista Dialética de Direito Tributário**, editora Dialética, n.12, 1999.

COMANDUCCI, Paolo. **Razonamiento Jurídico**: elementos para un modelo. México: Editora Fontamara, 1999.

CORREAS, Óscar. **Crítica da Ideologia Jurídica:** Ensaio Sócio-semiológico. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1995.

ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1993.

ESPANCA, Florbela. **Sonetos.** São Paulo: DIFEL,1984.

FALCÃO, Raimundo Bezerra **Hermenêutic**a. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **"Iura Novit Curia" y Aplicación Judicial del Derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos Juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo: Malheiros editores, 2014.

GREIMAS, A. J.; COURTÉS, J. **Semiótica:** Diccionario Razonado de la Teoría del Lenguaje. Madrid: Editorial Gredos, 1990.

GUASTINI, Ricardo. **Dalle Fonti Alle Norme**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.

GUASTINI, Ricardo. Juristenrecht. Iventando Derechos, Obligaciones y Poderes. *In.:* BELTRÁN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. **Neutralidad y Teoría del Derecho.** Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 145-162.

GUASTINI, Ricardo. **Lel Fonti del Diritto:** fundamenti teorici. Milano – DOTT. Milano: A. Giuffrè editore, 2010.

IANNI, Octavio. Língua e Sociedad. *In.:* VALENTE, André (Org.). **Aulas de Português:** perspectivas inovadoras. Petropólis: Editora Vozes, 1999. p. 11-22.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

IVO, Gabriel**.** Aportes sobre o Controle da Validade da Produção Normativa sob a Perspectiva do Construtivismo Lógico-Semântico. *In.:* CARVALHO, Paulo de Barros de (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). **Constructivismo Lógico-Semântico**. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 203-214.

IVO, Gabriel. Comentários. *In*: GAETA, Flávia Holanda. **Comentários à EC 132/2023**. São Paulo: Thomson, Reuters Brasil, 2024.b p. 191-198.

IVO, GABRIEL. **Constituição Estadual:** Competência para elaboração da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

IVO, Gabriel. Linguagem do Direito e Decisão Jurídica Voluntarista. **Revista Antígona,** Publicação do Toro – Escola de Psicanálise, n. 13, Editora da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2020.

IVO, Gabriel. O Direito e a sua Linguagem. *In.:* CARVALHO, Paulo de Barros (org.) **Direito Tributário e os Novos Horizontes do Processo**. São Paulo: Editora Noeses, 2015. p. 523-556.

IVO, Gabriel**.** Teorias sobre a incidência: a incidência como operação linguística. *In.:* CARVALHO, Paulo de Barros de (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). **Constructivismo Lógico-Semântico.** São Paulo: Editora Noeses, 2018. p. 483-500.

IVO, Ledo. **Antologia Poética.** Porto: Edições Afrontamento, 2012.

KELSEN, Hans. A autorregulação do direito. *In.*: PORCIUCLA, Marcelo (coord.). **Um pensamento vivo:** por Hans Kelsen e seus comentadores. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2024. p. 265-273.

KELSEN, Hans. **Forma de Estado y visión del mundo**. *In.:* CORREAS, Óscar (comp.). **El Otro Kelsen**. México: UNAM, 1989. p. 223-235.

KELSEN, Hans**. O que é Justiça.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. Política, ética, religião e direito. *In.:* PORCIUCLA, Marcelo (coord.). **Um pensamento vivo:** por Hans Kelsen e seus comentadores. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2024. p. 275-289.

KELSEN, Hans**.** Qué es um Acto Jurídico**? Isonomia**, n. 4, Madrid, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. México: UNAM, 1988.

KELSEN, Hans**. Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984.

LAPORTA, Francisco J. **El império de la ley:** una visión actual. Madrid: Trotta, 2007.

LEAL, Victor Nunes. **Técnica Legislativa**. *In.:* AUTORIA (Org.). **Problemas de Direito Público e outros Problemas**. Brasília: Imprensa Nacional, 1999. p. 95-116.

MARÍN, Rafael Hernández. **Compendio de Filosofía del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MARQUEZ, Gabriel Garcia. **Cem Anos de Solidão**. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2017.

MAUTNER, Jorge; WISNIK, José Miguel. **A Consciência do Limite.** 2014. Disponível em: http://www.panfletosdanovaera.com.br/detalhe/3789. Acesso em: 08 Abr. 2022.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Logica del Juicio Juridico**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

MENDONCA, Daniel. **Interpretación y aplicación del dececho**. Almeria: Universidad de Almeria, 1997.

MENDONCA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo A. **La Odisea Constitucional:** Constitución, teoría y método. Madrid: Marcial Pons, 2004.

MINOIS, Georges. **História da Solidão e dos Solitários.** São Paulo: Editora UNESP, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987. t1.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987. t2.

MORRISSOM, Wayne. **Filosofia do Direito:** dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés**. Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NETO, João Cabral de Melo. **Rios sem Discurso** (Nordeste). *In*.: AUTORIA (Org.). **Poesia Completa:** Educação pela Pedra e Depois. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1999. p. 337-338.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Lei.** São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

PIGLIA, Ricardo. **O Último Leitor**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2006.

RAMOS**,** Graciliano**. Vidas Secas**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2013.

ROBLES, Gregorio. **El Derecho como Texto** (quatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho). Madrid: Editorial Civitas, 1998.

ROBLES, Gregorio. **Introdução a la Teoria del Derecho**. Madrid: Editora Debate, 1993.

ROBLES, Gregorio. **Sociologia del Derecho**. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ROBLES, Gregório. **Teoría Del Derecho:** fundamentos de teoria comunicacional del derecho. Navarras: Civitas, 2010.

ROSS, Alf. **Sobre El Derecho Y La Justicia.** Buenos Aires: Eudeba, 1994.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SARAMAGO, José. **As Intermitências da Morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SARAMAGO, José. **Janelas da Alma**: documentário. Direção: João Jardim, Walter CARVALHO, 2004.

SCAVINO, Dardo. **La Filosofía Actual:** pensar sin certezas. Buenos Aires: Paidós, 1999.

SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHWANITZ, Dietrich. **Cultura Geral:** tudo o que se deve saber. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

SESMA, Victoria Iturralde **Lenguaje Legal y Sistema Jurídico.** Madrid: Tecnos, 1989.

SILVEIRA, Joel. **Sobre o ofício de escrever na Fogueira:** memórias. Rio de Janeiro: Editora Mauad, 1998.

STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

VELOSO, Caetano. **Estrangeiro**. São Paulo: PolyGramm – Philips, 1989.

VIANA, Djavan Caetano. **A Rota do Indivíduo** (Ferrugem): Coisa de Acender. São Paulo: Sony Music, 1992.

VILANOVA, Lourival**.** A Teoria do Direito em Pontes de Miranda. *In.:* AUTORIA (org.). **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Editora XIS MVNDI IBET, 2003. p. 129-148.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Editora Noeses, 2005.

VILANOVA, Lourival**.** Fundamento do Estado de Direito. *In.:* AUTORIA (org.). **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Editora XIS MVNDI IBET, 2003. p. 87-102.

VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. *In.:* AUTORIA (org.). **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Editora XIS MVNDI IBET, 2003. p. 53-68.

VILANOVA, Lourival. **Relação e Causalidade no Direito.** São Paulo: Editora Noeses, 2015.

VOLLI, Ugo. **Manual de Semiótica.** São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WARAT, Luiz Alberto. **O Direito e a sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da Comunicação Humana**. São Paulo**:** Editora Cultrix, 1967.

ZAPATERO, Virgilio. **El Arte de Legislar**. Aranzadi - Espanha: Thomson, 2009.

14. O ENUNCIADO 665 DA SÚMULA DO STJ E A ESTRUTURA SISTÊMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A "CIRANDA DE PEDRA" DA PRÁTICA CONSTITUCIONAL DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Pedro Brabo dos Santos
Filipe Lôbo Gomes

INTRODUÇÃO

No presente capítulo, pretende-se fornecer apontamentos, à luz da prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, sobre os possíveis contornos da relação do enunciado 665 da súmula do STJ com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador.

Parte-se do pressuposto de que o direito administrativo sancionador possui uma estrutura sistêmica clara e definida. Embora haja inúmeras discussões na doutrina sobre a identidade do direito administrativo sancionador em si, entende-se que há espaço de consenso o suficiente para entender esse ramo da seara do direito administrativo como pertencente ao sistema de direito público sancionador.

Define-se esse sistema como aparato lógico jurídico necessário à aplicação do *ius puniendi* estatal. Sua estrutura advém das normas e garantias fundamentais incidentes a respeito do poder punitivo do Estado. É, portanto, uma estrutura permeada pelas noções fundamentais de um processo constitucional em um Estado Democrático de Direito.

Planeja-se averiguar, ainda que não de forma exauriente, de que maneira esse enunciado, o qual representa simplesmente a cristalização de um entendimento que já era defendido e avançava na

jurisprudência do STJ, considerou os aspectos relevantes que integram a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador.

Pretende-se investigar, de forma específica, dentre esses aspectos, como o citado enunciado relaciona-se com a ideia da constitucionalização do direito administrativo em relação à superação do Princípio da Legalidade como classicamente definido, com a consolidação da ideia de juridicidade e de equilíbrio de poderes.

Sempre houve discussões, em vários países ocidentais, sobre o controle do chamado "mérito administrativo". O tema mostra-se especialmente relevante por tangenciar, por meio da definição de limites à possibilidade de controle da decisão no processo administrativo, as possibilidades de judicialização relativas ao direito administrativo sancionador, tema que já tem sido objeto de intensas discussões na doutrina e na jurisprudência.

O texto será dividido em quatro partes. A primeira delas constitui esta introdução. A segunda, o conteúdo do enunciado 665 da súmula do STJ e seu alcance, segundo uma análise sistêmica fundamentada no direito administrativo sancionador. A terceira parte contempla o enunciado 665 em relação à prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo, permeada por uma ciranda de pedra, em que as aparentes transformações dos antigos paradigmas implicam anacronismos sistêmicos que criam realidades diferentes em relação à internalização dos avanços do constitucionalismo brasileiro nesse ramo específico do direito. A última parte do texto constitui a conclusão.

O ENUNCIADO DA SÚMULA 665 DO STJ E SEU ALCANCE: A IDENTIDADE E A ESTRUTURA SISTÊMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Os enunciados de súmula são o resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos de um determinado tribunal superior. Eles têm por função orientar a comunidade jurídica sobre

a jurisprudência firmada por aquele tribunal. No caso do STJ, esses enunciados elucidam entendimentos consolidados em sua função de unificação da interpretação das leis federais.

O enunciado 665 da súmula do STJ[1] foi aprovado em 13 de dezembro de 2023, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é especializada em direito público. O entendimento foi fixado em uma Questão de Ordem no MS 19.995 DF[2], de relatoria do ministro Gurgel de Faria.

Conforme o informativo 799 do STJ[3], o conteúdo do enunciado 665 é:

> o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada.

O enunciado refere-se, de forma precisa, ao Processo administrativo disciplinar (PAD). No entanto, não parece racional sustentar que seu alcance encerre-se nele. Eis um dos problemas

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.° 665.** O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada. 2023. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/14122023-Primeira-Secao-aprova-sumula- sobre-controle-jurisdicional-do-processo-administrativo-disciplinar.aspx . Acesso em: 13 fev. 2024.

2 BRASIL. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção (S1). **MS 19995/DF: Mandado de Segurança**. Relato: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 13 de dez. de 2023.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n.° 799**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023.

fundamentais dos enunciados de súmula: são frequentemente elaborados sem que se possa mensurar seu alcance de forma precisa.

Ainda que não seja tão óbvio ao observador que normalmente não transita pelo direito administrativo sancionador, o Processo Administrativo Disciplinar é um processo administrativo sancionador[4]. É processo que veicula, de forma atenta, a sua especificidade, o *ius puniendi* estatal. A sua especificidade é a imposição de sanções disciplinares, espécie de sanção administrativa, em consequência da prática de falta grave pelo agente público. Por consequência dessa definição, é processo que pertence à seara do direito administrativo sancionador[5].

Apresenta-se, nesse sentido, a questão conforme a visão que atualmente se tem sobre o direito administrativo sancionador. A definição tradicional da doutrina é no sentido de que o direito administrativo sancionador constitui a expressão do poder punitivo estatal efetivada por meio da Administração Pública em face do particular ou administrado[6]. Tradicionalmente, a visão é de que ele representa a parte do direito administrativo que cuida da imposição de sanções.

Ir além da definição tradicional, porém, é necessário diante de como se tornou complexa tarefa de definir o direito administrativo sancionador diante dos avanços legislativos, doutrinários e jurisprudenciais das transformações atuais do direito administrativo brasileiro[7]. A dificuldade em sua conceituação não está, propriamente,

4 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional,** p. 11-55, 2009. p. 12.

5 SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Reincidência no direito administrativo sancionador. **Revista do Direito Público**, v. 12, n. 1, p. 174-202, 2017.

6 GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. **Revista Estudos Institucionais,** v.7, n. 2, p. 467-478, maio/ago. 2021.

7 HACHEM, Daniel Wunder *et al.* Direito administrativo e suas transformações atuais – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: **Anais [...].** Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba: Íthala, 2016.

na sua definição, no entanto, na interpretação desta. A problemática refere-se ao elemento "sanção".

A depender do referencial adotado para definir "sanção", pode-se perceber os contornos definidores do direito administrativo sancionador segundo a espécie de sanção que a Administração Pública impõe, se utilizada a visão tradicional de que ela impõe as sanções nesse ramo.

Fábio Medina Osório – que é um importante estudioso da área –, por exemplo, define sanção administrativa de forma similar às correntes definições de sanção penal. Considerando-se as dimensões formal e material do direito administrativo em conta, define a sanção administrativa como mal ou castigo, dotado de efeitos aflitivos, imposto em decorrência da prática de conduta ilegal, tipificada em norma que a proíbe, com finalidade repressora ou disciplinar[8].

Nesse sentido, autores como Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia são capazes de apontar a necessidade de atenção ao fato de que sempre foi extremamente difícil para os juristas a identificação das características próprias das sanções administrativas e penais. Para o autor, a própria inexistência de regulação legal específica sobre o direito administrativo sancionador já não permite uma precisa delimitação conceitual. Além disso, a existência de uma zona de penumbra grande demais para ser ignorada entre as duas espécies de sanções e, por consequência, de seus dois campos normativos[9].

José Roberto Pimenta Oliveira, por seu turno, sustenta a insustentabilidade da definição tradicional de que o direito administrativo sancionador se resume à aplicação de sanções administrativas pela Administração Pública. Para ele, o direito administrativo sancionador não se esgota no campo da atividade

8 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: **Revista dos Tribunais,** 2015. p. 87 e 106-107.

9 GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **R. Fac. Dir. Univ. São Paulo**. v. 109. p. 773– 793. jan./dez. 2014.

jurídico-administrativa da Administração Pública, se esta for entendida como sinônimo de Administração Pública Direta e Indireta, vinculada ao Poder Executivo dos entes federativos. Defende que a atividade sancionadora regida pelo DAS existe, também, no âmbito dos poderes Legislativo e Judiciário[10].

É nesse caminhar que os autores que se debruçam sobre essa seara têm apoiado a tese de que, diante da expansão do direito penal no direito brasileiro, num fenômeno jurídico a que tem sido atribuída a alcunha de "administrativização do direito penal"[11], ocorreram condutas não tipificadas como ilícitos penais, mas detentoras de elevada relevância social, passaram a receber pelo Judiciário tratamento em seara diferente da penal. Isso teria tornado claro que o direito administrativo sancionador também se desenvolve em processos judiciais[12].

Nessa esteira, os autores afirmaram que a identidade desse ramo do direito público permanece em construção. Nesse sentido, deve-se considerar a fixação de seus fundamentos e bases no próprio direito administrativo, a fim de que não se perca de vista que sua função não deixa de ser a de tutela e realização de interesses públicos. Esse componente não implica afastar "a necessidade de exame rigoroso do conteúdo dos direitos e garantias fundamentais, expressa ou implicitamente, previstos na Constituição, na tutela das situações jurídicas afetadas por potestades sancionadoras"[13].

---

10 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público**, ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

11 GUARAGNI, Fábio André; SOBRINHO, Fernando Martins Maria; BACH, Marion. **Direito penal econômico:** administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos - 2ª ed**.** Londrina: Editora Thoth, 2021.

12 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público,** ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

13 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público**, ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

Nesse sentido, sobressalta-se a necessidade de diferenciá-lo do direito penal. A diferenciação constitui parte de sua definição. Assim, por exemplo, conforme Sandro Lúcio Dezan, acerca da inexistência de diferenças qualitativas e quantitativas das sanções das suas áreas[14], a definição aproxima-se da expressão do *ius puniendi* estatal, voltada à responsabilização do agente público em sentido amplo e/ou do particular, em seara não penal.

Esses apontamentos são necessários para se afirmar, com considerável grau de segurança, que o alcance do enunciado 665 não se pode restringir ao processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, todo o processo em que o Direito Administrativo Sancionador for veiculado estará sujeito a esse entendimento.

A uma análise sistêmica, na verdade, desvela-se que o que foi fixado pelo STJ, intencionalmente ou não, em essência, constitui um entendimento acerca dos limites do exame jurisdicional do mérito administrativo, tema que os tribunais superiores enfrentam com frequência, com variedade de posicionamentos.

Assim, se é verdade que todos os processos que veiculam o Direito Administrativo Sancionador possuem um mesmo núcleo duro de características fundamentais, então, não haveria fundamento para se sustentar que um entendimento consolidado acerca dos limites do Judiciário no controle do mérito administrativo fosse aplicável ao processo administrativo disciplinar, mas não o fosse para processos que com ele partilham o enquadramento na mesma seara do direito administrativo sancionador e, que têm, portanto, o mesmo núcleo duro de características fundamentais[15].

A racionalidade da existência desse núcleo duro de características fundamentais pode ser plenamente sustentada em função de a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador ser lida

14 DEZAN, Sandro Lúcio; DA SILVA PEREIRA, Eliomar. Contributo da teoria do delito para a imputação jurídica no direito público sancionador. **Revista Estudos Institucionais,** v. 8, n. 1, p. 88-104, 2022.

15 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti**. Direito administrativo sancionador brasileiro:** breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público,** ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

conforme as noções relativas ao que a doutrina especializada tem chamado de "sistema de direito público sancionador".

Sandro Lúcio Dezan, talvez o autor que de forma mais consistente tem contribuído para a difusão desta tese na literatura jurídica brasileira, sustenta que o direito de punir do estado, o já referido *ius puniendi*, é uno e fundado em uma lógica jurídica coercitiva de coerência, unidade e completude, representativa da teoria dos sistemas jurídicos. Essa unidade do direito de punir, contudo, divide-se em sistemas ou subsistemas e regimes jurídicos, em virtude das espécies de bens e objetos jurídicos que constituem objeto de proteção específica. Essa proteção específica é coordenada pelos fins de cada ramo jurídico. Para ele, então, existe um sistema maior que engloba todos os ramos do direito punitivo estatal, formado por linhas normativas basilares da lógica sancionadora do Estado[16].

O direito público sancionador é esse suprassistema dotado de uma lógica pré-epistêmica que permeia todas as normas de que depende o poder punitivo do Estado[17]. Engloba sub-ramos, que são divisões epistemológicas que não desnaturam os elementos que fundam e formam as bases lógicas, funcionais e finalísticas de cada ramo do direito punitivo. A função desse suprassistema é ser balizador da justiça no âmbito da administração do poder punitivo do Estado[18].

Apresentam-se em modelos, padrões, caminhos sistêmico-dogmáticos, a darem lastro de normatividade constitucional ao direito público em seu ramo, que se reúnem em torno de um núcleo de direitos fundamentais, de ordem material e de ordem processual. O escopo é o de dar adequada proteção a todos os bens/objetos jurídicos de cada sub-ramo. Uma proteção efetiva. Proteção eficaz que não se afasta da deferência aos direitos e garantias fundamentais de uma ordem jurídica verdadeiramente firmada no Estado Constitucional e

16 DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma Teoria do Direito Público Sancionador:** fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

17 Idem, p. 38.

18 Idem, p. 1.

Democrático de Direito. O que fundamenta e une todo o sistema é o valor jurídico da justiça[19].

A premissa da qual parte o autor para construir toda a tese é a de que os sistemas e subsistemas de direito público devem obediência à Constituição. Mais do que isso, devem ser lidos segundo a noção de que ela constitui filtro axiológico de todo o ordenamento jurídico[20]. Desde seus fundamentos até as suas finalidades. Pois, "esses vieses da norma sancionadora são corolários da certeza e da justiça do Direito, em um Estado Democrático e Constitucional de Direito"[21].

Essa premissa assenta-se no que a doutrina administrativista e processualista já assinala acerca do Processo Administrativo Disciplinar há, pelo menos, uma década: a necessidade de uma releitura do processo administrativo em face da constitucionalização dos direitos administrativo e processual. Os autores apontam que, no plano da efetividade, ainda não foram incorporados a ele os avanços do constitucionalismo brasileiro, uma vez que segue sendo efetivado segundo um viés instrumentalista apoiado em construções jurisprudenciais[22].

A esse respeito, Sérgio Henrique Zandona Freitas[23] aduz que:

> Necessária uma completa e impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil, buscando reestabelecer o desfigurado sistema, que foi rompido por distorções produzidas, por uma

19 DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma Teoria do Direito Público Sancionador**: fundamentos da unidade do sistema punitivo**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 38.

20 SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007.

21 DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador:** fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.3.

22 FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 211 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

23 Idem, p. 156.

> desvirtuada interpretação jurisprudencialista, i.e. Súmula Vinculante n. 5 do STF, descompromissada com o Devido Processo Legal, o processo constitucional e o Estado Democrático de Direito. Logo, firma-se aqui a tese de que o processo administrativo disciplinar pátrio é falho e inquisitivo, vez que não abarca a devida técnica normativa, que tenha foco na superação da instrumentalidade do processo. Assim, explicitando a presente tese, cabe ao processo administrativo disciplinar brasileiro a superação dos entraves ideológicos dos escopos metajurídicos, para se adequar às concepções teóricas asseguradas no discurso da constitucionalidade brasileira em vigor, como pressuposto de sua correta aplicação e legitimidade, o que torna impostergável sua reconstrução principiológico-constitucional, com a adoção do processo constitucional e constante testificação em Popper, resguardados assim as garantias e direitos fundamentais, por uma Administração Pública Dialógica e a transferência de seu estudo para o Direito Processual da Administração Pública Democrática, com prestígio aos apropriados institutos de direito processual, no Estado Democrático de Direito Constitucionalizado.

A premissa, exposta dessa forma, especialmente no que pertine ao processo administrativo disciplinar, permite vislumbrar, com maior clareza, o enquadramento do subsistema ou sub-ramo do direito administrativo sancionador dentro do suprassistema de direito público sancionador.

Consoante o próprio Dezan[24]:

> todos os sub-ramos do direito punitivo do Estado prestam deferência aos princípios informativos de um direito sancionador publicístico de caráter

24 DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador**: fundamentos da unidade do sistema punitivo**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 5.

> aprioristicamente geral, não codificado e, deveras, por vezes, balizados por valores axiomáticos não escritos (mas positivados, pela ideia de sistema jurídico, como espécie de pressuposto do direito, materializando, assim, o (sub) texto ou o (com) texto do direito), que declina os fundamentos da coluna vertebral punitiva estatal. Constata-se uma ontologia unitária do sistema sancionador que surte efeitos, por exemplo, na própria identidade entre os ilícitos de direito público, distinguindo-se apenas e em alguns Casos pela espécie de sanção cominada que, por sua vez, depende dos níveis pretendidos pela coerção e, não obstante, das espécies de bens jurídicos protegidos em cada ramo epistemológico.

Conforme a identidade e a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, esta, pelo seu enquadramento como subsistema do suprassistema de direito público sancionador, o enunciado 665 da súmula do STJ tem alcance maior do que a interpretação literal de seu texto poderia indiciar, alcançando, igualmente, o controle jurisdicional de todos os processos que, como o processo administrativo disciplinar, veiculem o direito administrativo sancionador.

A CIRANDA DE PEDRA: OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E SUA PRÁTICA CONSTITUCIONAL

A ciranda de pedra é uma metáfora que se utiliza com base no romance *Ciranda de Pedra*, de Lygia Fagundes Telles[25]. Ela é um círculo fechado que dá a forte impressão de inclusão.

Lançado em 1954, esse romance narra a história de uma família de classe média abalada em seus alicerces pela loucura, pela paixão e pela morte. Um casal de classe média se separa. A caçula, Virgínia, é a única das três filhas que vai morar com a mãe. É do ponto de vista

25 TELLES, Lygia Fagundes. **Ciranda de pedra.** São Paulo, 1982.

dessa menina deslocada e solitária que se narram os dramas ocultos sob a superfície polida da família. Pois, depois da morte da mãe, a personagem reside com seu pai, que já tem uma família estabelecida a partir de outro relacionamento.

O romance é contextualizado no período histórico e social do Brasil do pós-guerra, marcado por transformações e resistências nas relações de gênero e na emancipação feminina. A casa era, no contexto, como um símbolo de uma família. Quando passa a morar com o pai, ela afeta a identidade da personagem, que se divide entre dois núcleos opostos e se sente excluída de ambos[26].

No jardim da casa de seu pai, em que passa a morar, há uma ciranda de anões feita de pedra, no jardim, o que se articula à metáfora da ciranda de pedra. Ela denota um aparente movimento de inclusão, tal como a brincadeira a que alude, mas o contexto em que está inserida mostra-a como imóvel e impenetrável sob certo ponto de vista.

No romance, a autora constrói a personagem de modo a deixar claro que a sua personalidade é marcada pela falta de afeto materno, pela agressividade e pela repressão de seus sentimentos, que a levam a uma vingança contra os membros da ciranda que a excluíram de seu círculo social. Ela é como uma vítima sacrificial que garante a ordem e a harmonia da família de seu pai[27].

A autora utiliza, inclusive, metáforas relacionadas aos contos de fadas para representar o mundo subjetivo da personagem, que vive entre dois núcleos familiares conflituosos e se sente excluída da ciranda, símbolo da sociedade burguesa[28].

A utilidade dessa metáfora, que se articula à literatura, para um artigo científico da área do direito, está em se propor uma ilustração

26 DE LUCENA, Suênio Campos. Casa, família e desestruturação em Ciranda de Pedra, de Lygia Fagundes Telles. **Revista Légua & Meia,** v. 8, n. 1, p. 14-30, 2017.

27 LIMA, Carina Bertozzi de. **Superfície e subterrâneos:** significações de morte, perda e renascimento em Ciranda de Pedra**.** Orientador: Alamir Aquino Corrêa. Tese (Doutorado em Estudos Literários) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Estudos Literários, Londrina, 2013.

28 CAMARGO, Claudia Regina. Virgínia não entra na roda: ciranda de pedra e o romance de formação feminino. **Revista de Letras Norte@ mentos**, v. 15, n. 38, 2022.

que tem elementos capazes de ofertar representações das diferentes percepções de realidade que podem existir em relação à prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, adotado o referencial da jurisprudência.

A doutrina e a jurisprudência são permeadas por um mesmo contexto de ruptura dos antigos paradigmas dentro de um novo cenário do constitucionalismo. Contudo, em que pese a doutrina tenha reconhecido e avançado no conhecimento dos novos paradigmas, a prática constitucional levada a efeito pelos tribunais reflete, ainda, o ritmo próprio do caminhar da jurisprudência, que, às vezes e em certos aspectos e áreas, ainda não reconhece, harmonicamente, que a realidade na qual está inserido todo um ramo do direito dialoga em busca de uma nova e harmônica compreensão.

No direito administrativo, as noções doutrinárias clássicas ainda são a base da compreensão dos magistrados. Observa-se, também, uma certa relutância em dirigir a prática constitucional desses paradigmas em harmonia com o contexto constitucionalista em que estão, atualmente, inseridos.

Dessa forma, ainda que em algumas matérias os avanços do constitucionalismo sejam tão claros a ponto de a prática constitucional dos novos paradigmas ser feita de forma harmônica com o contexto, existem outras áreas, via de regra, menos evidentes à comunidade jurídica, em geral, e nas quais esses paradigmas integram a identidade e a estrutura de um sub-ramo, que servem como vítimas sacrificiais, em que se realiza essa prática em desacordo com o contexto constitucionalista em nome de uma pretensa sobrevivência de alguns dos antigos paradigmas.

A inclusão, então, não deixa de ser diferente do que aparenta. Não é totalmente harmônica. Há relativizações. Nesse caso, por exemplo, o STJ criou uma regra com âmbito de aplicação, de alcance, extremamente amplo, sem considerar que um entendimento consolidado dessa forma pode atingir os demais paradigmas de forma destoante do contexto constitucionalista em que estão atualmente inseridos.

Por isso, entende-se que a prática constitucional desses novos paradigmas esbarra em uma ciranda de pedra. Esses paradigmas, tratados de forma desarmônica em um contexto macro, podem produzir conflitos entre as estruturas teórico-identitárias e práticas de alguns dos sub-ramos do direito administrativo, gerando consequências nem sempre claras, mas sempre refletidoras de um cenário de exclusão de alguns paradigmas da prática constitucional atenta ao contexto constitucionalista atual.

A edição do enunciado 665 da súmula do STJ, como já se afirmou, é meramente a consolidação de um entendimento que já há bom tempo é defendido pelo tribunal. Ao fim e ao cabo, o enunciado representa mais um passo jurisprudencial no sentido de limitação do controle jurisdicional do mérito administrativo.

Contudo, apresenta-se que o enunciado é, na prática, mais do que pretende a sua literalidade. Ele tem um efeito jurídico extremamente amplo em função da identidade e da estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador.

O enunciado 665 coloca em xeque o que a doutrina do direito administrativo brasileiro tem pontuado acerca da constitucionalização desse ramo do direito em dois aspectos fundamentais: a transformação do Princípio da Legalidade em Princípio da Juridicidade e a transformação do Princípio da Separação de poderes em Princípio do Equilíbrio de Poderes[29].

Deve-se pontuar que o fenômeno da constitucionalização não é restrito ao direito administrativo. A constitucionalização do direito administrativo está inserida em um contexto de constitucionalização do direito. É um contexto neoconstitucionalista, forjado por um novo supraparadigma que reflete as mudanças profundas que ocorreram na cultura jurídica contemporânea. A preocupação intrínseca de cada

29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do direito administrativo**: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

um dos ramos do Direito deixou de ser ensimesmada, e já não é mais senão a de contribuir para a realização dos valores constitucionais[30].

É preciso considerar, por isso, que o emprego da expressão "constitucionalização" pode assumir diferentes conotações a depender do sentido de sua utilização. Luís Roberto Barroso aponta que essa expressão comporta múltiplos sentidos. Pode-se usá-la para designar, simplesmente, qualquer ordenamento jurídico que tenha a Constituição em seu centro, em posição de supremacia[31].

O autor defende, no entanto, que esse talvez não seja o seu adequado significado. Para ele, a posição de supremacia da Constituição é a premissa, a noção preliminar que suplanta a constitucionalização do direito, em todos os seus ramos. Não configura, por si só, o fenômeno em si. Se assim o fosse, faltaria especificidade à expressão[32].

O sentido também não seria a simples inclusão, em relação ao texto constitucional, de inúmeros temas afetos ao direito infraconstitucional. O sentido da expressão consiste em indicar a expansão das normas constitucionais. Conforme afirma Barroso, ao destrinchar a importância da discussão em torno da expressão, "a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico"[33].

Nesse sentido, compreende não ser definidora do fenômeno da constitucionalização a inclusão de temas do direito infraconstitucional na Constituição, mas a (re)interpretação de seus institutos à luz dela, de seus valores, seus princípios, sua normatividade[34]. O que ocorre

30 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris,** v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais,** v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009.

31 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 211.

32 Ibidem.

33 Idem, p. 211.

34 Idem. p. 216.

no caso do direito administrativo sancionador, que tem sua identidade e estrutura advindas da ressignificação do direito administrativo e do direito sancionador.

O sentido da utilização da expressão para designar o impacto desse fenômeno, na seara do direito administrativo, pode ser determinado em face de todas as mudanças ocasionadas pela estrutura que lhe foi dada pela Constituição, que teve para com este ramo especial preocupação. Sem que se olvide que a Carta Magna foi detalhista em diversos aspectos, o mais importante ponto de mudança foi a inauguração de um novo regime jurídico-administrativo, suplantado pela relativização de antigos paradigmas, visando privilegiar os direitos fundamentais[35].

Para os fins do presente trabalho, interessam os dois pontos já destacados. Primeiramente, a vinculação do agente administrativo à Constituição. Se houver confronto entre dois atos normativos, a opção do administrador deve recair na Constituição, com o afastamento da lei inconstitucional. É a quebra do paradigma da legalidade convencional, de que o agente administrativo somente adota condutas conforme o que a lei determina ou autoriza. É o agir pautado diretamente – até mesmo, independentemente – pela Constituição. Transformou-se o princípio da legalidade em princípio da juridicidade[36].

O segundo – e mais importante para este trabalho – é a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo, que significou o rompimento do paradigma da limitação do Judiciário à análise da legalidade dos atos da Administração Pública. Os princípios constitucionais gerais e aqueles específicos, setoriais, ressignificam e passam a permitir, diante da irradiação, da expansão das normas constitucionais, o controle da discricionariedade administrativa, do mérito administrativo[37].

35 ARAGÃO, Alexandre Santos et al. **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

36 FERNANDES, Francisco Luiz. Princípio da Juridicidade: O supraprincípio normativo no direito público**. Revista de Direito Brasileira,** v. 6, n. 3, p. 291-300, 2013.

37 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo São Paulo: Saraiva Educação,

Esse segundo aspecto é o mais interessante por decorrer da nova compreensão da divisão de poderes em um Estado Democrático e Constitucional de Direito. À luz da tradicional compreensão da separação de poderes, tal rompimento do paradigma da limitação do Judiciário à análise da legalidade dos atos da Administração Pública não poderia ter ocorrido. A vinculação de todos os poderes ao compromisso constitucional de máxima efetividade dos direitos fundamentais, porém, foi exigente de uma transformação. Essa transformação redundou na concepção de um equilíbrio de poderes como fórmula jurídica capaz de adequar a necessidade de divisão dos poderes da República à necessidade de máxima efetividade dos direitos fundamentais.

É com fundamento nessas transformações que os autores passaram a defender que, na nova realidade do direito administrativo brasileiro, a visão tradicional do mérito administrativo como inacessível à apreciação do Poder Judiciário, assumiu o aspecto de uma fase ultrapassada do controle judicial da administração. Esses autores, inclusive, afirmam que essa visão tradicional constitui, atualmente, um mito. Como afirma Belizário Antônio de Lacerda, "[...] afirmar modernamente que o mérito do ato administrativo é insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, atualmente, não passa de um mito jurídico"[38].

Sobre essa temática, pertinentes as considerações de Fábio Lins de Lessa Carvalho, que, no artigo intitulado "De um passado de contradições e um presente partilhado por dois mundos a um futuro pragmático: notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil", analisa a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil, desde o século XIX até os dias atuais, a fim de perceber melhor essas mudanças. Essa análise é valorosa para o presente capítulo, uma vez que a trajetória do controle dos

2018. p. 220-221.; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 48-50.

38 LACERDA, Belizário Antônio de. O mito do mérito administrativo. **Jurisprudência mineira,** v. 63, n. 200, p. 37-40, mar/jan. 2012.

atos administrativos serve para perceber a evolução do controle jurisdicional do mérito administrativo[39].

O autor propõe uma divisão em três momentos históricos: o primeiro, marcado pela contradição entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade; o segundo, marcado pela convivência do novo e do antigo paradigma de controle; e o terceiro, marcado pela perspectiva de uma virada pragmática do direito administrativo.

O primeiro momento histórico seria marcado por uma "progressão de contenção" do controle judicial, influenciado pelo direito francês e pela separação dos poderes formalistas. O segundo, pela convivência do novo e do antigo, com a constitucionalização do direito administrativo e a adoção da juridicidade como critério de controle, mas também com a persistência de teorias antigas e de resistências ao controle judicial[40].

Para o autor, o passado é marcado por uma "progressão de contenção" do controle judicial, baseada em teorias como o desvio de poder e os motivos determinantes, mas ainda limitada pelo mérito administrativo. O presente, pela constitucionalização do direito administrativo, que amplia as possibilidades de intervenção judicial baseada em princípios, mas também poderia gerar uma relativa flexibilidade e insegurança jurídica. E o futuro, pela influência de uma possibilidade de "virada pragmática" do direito administrativo, que levaria a uma análise que considera as consequências e o contexto dos atos administrativos, exigindo conhecimento interdisciplinar dos juristas[41].

É nesse sentido que o autor discute o papel da separação dos poderes em relação à evolução do controle judicial, defendendo que esse princípio deve ser problematizado e reformulado para

39 DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. De um passado de contradições e um presente partilhado por dois mundos a um futuro pragmático: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. **RIOS - Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco**, v. 15 n. 29. p. 264-287, 2021.

40 Idem, p. 266-277.

41 Idem, p. 277-281.

acompanhar as mudanças institucionais e de controle exigidas pela sociedade em um Estado Democrático de Direito, pois tem um papel relevante na definição dos limites e da intensidade do controle judicial, uma vez que pode afetar a dinâmica e o compromisso do controle judicial com os preceitos do modelo político escolhido pela Constituição e seus novos desafios[42].

É por isso que este é o ponto fulcral da discussão que se propõe em relação ao enunciado 665, pois, com esse novo paradigma, inaugurou-se um novo papel para o Judiciário. E iniciou-se, por consequência, uma nova relação entre Judiciário e administração pública. Essa nova relação é parte dos contornos do direito administrativo sancionador.

A discussão levantada pelo enunciado da súmula referida deve ser fundada nessas contribuições doutrinárias porque, no fundo, o enunciado lida com os limites sobre os critérios decisórios no âmbito da administração pública e, consequentemente, com a relação entre interpretação, processo e decisão no direito administrativo.

Relativamente a isso, Fernando Rodrigues Martins propõe que uma visão técnico- jurídica adequada nessa temática deve ser suplantada por uma compreensão hermenêutica e processual do direito administrativo. Uma visão superadora da discricionariedade e da legalidade como únicas balizas decisórias. É nesse sentir que defende que a decisão administrativa deve ser reconstruída sobre as bases hermenêuticas do direito e, por meio do processo, possa ser controlada e fiscalizada democraticamente, sem perder sua autonomia e seu traço político[43].

O autor, ao discutir os novos paradigmas do direito administrativo, apresenta uma visão hermenêutica desse ramo jurídico que, além de demonstrar e justificar que a processualização da administração pública pode ser um elemento prévio de controle da decisão

42 Idem, p. 281-286.

43 TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A discricionariedade administrativa e o controle hermenêutico da decisão em processos administrativos: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. **Revista de Direito Brasileira,** v. 21, n. 8, p. 292-312, 2019.

administrativa, aponta que é essencial um controle hermenêutico nas decisões administrativas, e o processo é o palco para a realização desse sistema de limites[44].

Para Martins, a hermenêutica é essencial para a realização da Constituição e para a superação do paradigma da discricionariedade, que permitiria uma liberdade de escolhas arbitrárias. Por isso, sustenta que o controle hermenêutico deve ser exercido tanto na esfera administrativa quanto na esfera jurisdicional, e que o processo é o lócus para tal exercício, pois garante o equilíbrio entre o constitucionalismo e a democracia[45].

É nesse vagar que os autores entendem que a evolução do controle da Administração Pública no constitucionalismo contemporâneo aponta no sentido de que ele deve ser fundado na juridicidade, ou seja, na conformidade com os princípios e regras constitucionais, e não apenas na legalidade formal. Tais autores entendem que a dimensão normativa do Estado Democrático de Direito irradia-se de forma a exigir uma reformulação das concepções positivistas e dogmáticas do Direito Administrativo, que se baseiam na supremacia da lei, na separação de poderes e na imunidade de controle das decisões administrativas[46].

Há de se ponderar, contudo, que esse novo momento do direito administrativo brasileiro pode requerer um maior cuidado neste âmbito. Uma nova forma de considerá-lo, sob uma perspectiva de equilíbrio efetivo. A esse respeito, Gustavo Justino de Oliveira apresenta a ideia de que a união entre pragmatismo e consequencialismo jurídicos foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro com o advento da inovação da LINDB[47]. O autor afirma que essa decisão surgiu em um momento em que o direito administrativo brasileiro já

44 Ibidem.

45 Idem, p. 307-308.

46 OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da Administração Pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 10, n. 2, 2015.

47 31. BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro** (Decreto-Lei n.º 4.657/63, com a redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010). 2024. Disponível em: https://

clamava por mudanças face à dicotomia de hiperativismo do controle externo da Administração Pública e do apagão das canetas[48].

Justino defende que somente se considerando a ressignificação de velhos paradigmas do direito administrativo é possível superar esse quadro, mas, em uma outra direção pouco trabalhada: devolver ao administrador uma efetiva e legítima discricionariedade. O administrador, assim, deixaria de ser mero controlador, como seria atualmente. O modelo de governança, dessa forma, seria finalmente implementado como deveria, o que possibilitaria um real desenvolvimento, ao menos naquilo que depende dos gestores. Afirma o autor que essas mudanças já teriam chegado ao TCU e ao MP, que estariam se adequando a estas noções[49].

O enunciado, ao restringir o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, pela via da invocação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, estabelece como exceções hipóteses formadas por três conceitos jurídicos indeterminados (flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada), adentra a seara do direito administrativo sancionador, que tem identidade e estrutura firmadas em função desses novos paradigmas, a partir de uma visão determinada da distribuição de poderes na República, principalmente em relação à possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo e da própria função constitucional do Judiciário. Ou seja, escolhe uma determinada forma de enxergar e considerar essas transformações do direito administrativo.

---

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm . Acesso em: 29 fev. 2024.

48 DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal n.º 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. *In.:* MAFFINI, Rafael *et al.* **Nova LINDB**: consenquencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.261-279.

49 Ibidem.

Entretanto, o tribunal não considera que essa nova função do Judiciário destaca-se exatamente na interpretação do âmbito de aplicação dos princípios constitucionais. E, ao fixar como exceções à regra hipóteses formadas por conceitos jurídicos indeterminados, o tribunal abre margem para que ele próprio os preencha, em relação à necessidade de análise em um caso concreto, a partir dos mesmos princípios constitucionais usados como fundamentação do enunciado, em virtude da textura aberta das normas principiológicas e de sua estrutura de mandado de otimização.

Para melhor compreender esse contexto, indispensáveis as lições de Eduardo García de Enterría, que se debruçou com profundidade sobre as problemáticas das relações entre Judiciário e administração nessa nova realidade neoconstitucionalista presente na quase totalidade das democracias ocidentais.

Em seu livro *Democracia, jueces y control de la administración*, o autor aborda o tema da relação existente entre democracia, juízes e controle da administração, segundo a noção de Estado de Direito, os fundamentos e limites da atuação judicial no controle externo da Administração Pública. Embora o parâmetro de análise seja o ordenamento jurídico espanhol, suas considerações são interessantes pela proximidade estrutural com o ordenamento jurídico brasileiro e pelo extenso esforço do autor em formular proposições com pretensão de universalidade[50].

No capítulo 12 da obra, na seção "a", o autor enfrenta a posição doutrinária crescente na literatura jurídica espanhola de que a teoria alemã sobre os conceitos jurídicos indeterminados não pode ser aplicada na Espanha no que diz respeito à noção de "*interés general*", em virtude do modelo constitucional espanhol. Para essa corrente, a posição dominante conduz ao controle absoluto do Judiciário, uma espécie de domínio de uma suposta discricionariedade judicial[51].

50 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración.** Navarra: Editorial Civitas, 2009.

51 Idem, p. 227-263.

Para o autor, esse termo representa um conceito jurídico indeterminado, porquanto é assim utilizado pela constituição, em sentido amplo. A lógica seria, justamente, permitir que o Judiciário possa controlar, externamente, a Administração de uma forma delimitada, dentro da aplicação deste conceito por ela[52].

Para Enterría, o interesse público é conceito jurídico indeterminado, porquanto é conceito constitucional de âmbito de aplicação indeterminado. Há a vinculação da Administração ao interesse público. Nisso, são iguais Brasil e Espanha. Por meio do conceito constitucional, possui claramente uma função delimitadora, pela qual a Constituição, em sentido amplo, alude a um âmbito determinado de atuação, perfeitamente singularizado, ainda que sua aplicação concreta em cada caso seja imprecisa. Ela exclui algumas atuações e inclui outras. A proposição é que a delimitação é ampla, mas, efetiva[53].

Para o autor, a vinculação objetiva da Administração ao interesse público já implica que a discricionariedade não é uma liberdade global dos gestores. A atitude a ser adotada pela Administração é a de servir não a qualquer interesse, mas ao setor de interesses que pode ser encontrado e se caracteriza como interesse público, como interesse geral. A proposição é que, se este é um imperativo dirigido à Administração, exclui-se a possibilidade de que qualquer apreciação que esta possa fazer de um interesse para qualificá-lo como público ou geral seja, necessariamente, juridicamente válida[54].

O fundamento é que a Administração, em geral, já é limitada pela lei em sua atuação, o que, somado à necessidade de justificar um qualificado interesse público em casos especiais, denota que ela está sempre valorando interesses como públicos para decidir entre esta e aquela opção. Por isso, deve fundamentar especificamente essas valorações. Por outro lado, os tribunais podem controlar as determinações de interesse público que faz o legislador, pois,

52 Idem. p. 232.

53 Idem, p. 233.

54 Idem, p. 234-236.

como intérpretes da constituição, devem interpretar os conceitos constitucionais[55].

Para o autor, isso parece fazer parte da função mesma dos tribunais. Principalmente, dos tribunais constitucionais, como o STF, que têm a última palavra na interpretação da Constituição e de seus conceitos. Essa atuação é feita pelos tribunais por meio da técnica da margem de apreciação, a qual constitui a base legitimadora que liga a função delimitadora em abstrato aos contornos concretos[56].

Não há conceitos constitucionais que possam escapar à apreciação dos tribunais, no desempenho de suas funções. Assim, como o interesse público é valorado, determinado, em cada caso concreto em que será aplicado pela Administração, é normal que possa haver o controle quando houver abuso desse poder de valoração. Os magistrados interpretam a lei ao aplicar ou controlar a aplicação desse conceito pelo postulado da tutela judicial efetiva, pois a juridicidade, como já se pontuou, implica submissão da Administração ao ordenamento jurídico[57].

A vinculação da Administração aos fins que a justificam são fruto da preocupação do constituinte com a possibilidade de criação de uma zona de imunidade formal pela invocação do interesse público, ou de outro conceito jurídico indeterminado. Isto permite que também ocorra, dessa forma, em julgamentos administrativos, por isso os tribunais podem controlar essa declarada finalidade. A técnica adequada para isso é a técnica do exame do desvio de poder, a qual permite verificar se os agentes estão servindo ao interesse público ou a outros interesses que não são como ele qualificados, ainda que sejam, também, gerais[58].

Esses conceitos postulam, para Enterría, uma única solução justa. O que não quer dizer que somente exista uma única conduta específica possível. Ou seja, por meio da apreciação por um juízo

55 Idem, p. 236-238.

56 Idem, p. 242-246.

57 Idem, p. 246.

58 Idem, p. 247.

disjuntivo, uma ação serve ou não serve ao interesse público. Há casos difíceis, mas não há meio termo. Há na aplicação desses conceitos um lugar de certeza positiva, uma zona cinzenta e uma zona de certeza negativa[59].

Isso justifica o dever de anulação de atos administrativos em circunstâncias em que claramente afrontam o interesse público, ainda que gozem de presunção de legalidade e não possuam defeitos quanto aos seus elementos. E nisso se percebe, com clareza, que o conceito jurídico indeterminado é perfeitamente controlável pelo magistrado no caso concreto. É parte do exercício da função judicial ordinária. É obrigatório, na verdade, em virtude de sua função constitucional. A margem de apreciação será, então, sempre guiada pelo núcleo do conceito jurídico indeterminado. Esse núcleo é determinado pelo critério para conhecer até onde vão seus limites[60].

Portanto, ao agir assim, o magistrado não substitui o administrador em sua decisão, tampouco exercita algum tipo de "discricionariedade judicial". Apenas atua conforme lhe impõe a sua função constitucional dentro de um Estado Democrático de Direito. Importante notar que o magistrado controla a aplicação do conceito jurídico indeterminado não somente quando invalida a aplicação feita pela Administração, mas também quando a reputa como adequada em um caso em que seja questionada. O juízo disjuntivo se aplica em ambos os casos[61].

Assim, o controle anulatório somente se produz quando a Administração ultrapassa os limites da margem de apreciação. O magistrado verifica se os limites que a lei, em sentido amplo, tenta impor foram ultrapassados, ou simplesmente desprezados. Não seria um controle político que fosse disfarçado, mas um controle jurídico autêntico.

O autor expõe que a jurisprudência espanhola, inclusive, entende que, há casos, no exercício desse controle negativo, em que o

59 Idem, p. 252-253.
60 Idem, p. 253-254.
61 Idem, p. 256-258.

juiz assume a posição de substituir a decisão administrativa anulada. A teoria Alemã chama esses casos de "redução a zero", que ocorre quando estão em jogo direitos fundamentais ou outras regras constitucionais, ou quando há o dever de intervenção e a Administração Pública se abstém[62].

García de Enterría pontua que não há uma solução única e simples para essa problemática, e que não há como definir tão claramente as áreas acessíveis ou não à apreciação do Judiciário no que toca ao controle do mérito administrativo. O autor explica que que[63]:

> en cualquier caso, lo que es más importante notar es que no se puede, en modo alguno, pretender resolver de un tajo todos estos complejos y matizados problemas de la aplicación de los conceptos legales indeterminados con una fórmula radical, a la que en último término se vendría a reducir todo el problema de la relación de los jueces con la Administración: que hay una parte que está regulada por el Derecho, donde los jueces pueden entrar, y otra que sería política, vedada a los jueces y patrimonio exclusivo o reservado del Gobierno o de la Administración. Ese pretendido reparto entre política y Derecho no puede dar razón de lo que es el Estado de Derecho ni, en particular, del <<sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» de la Administración. (...) Recordemos que es la deferencia la regla general y la intervención la necesitada de justificaciones expresas, técnica que se intenta justificar en la afirmación básica de que «el poder judicial no forma parte del poder público... no responde ante el pueblo», todo lo cual resulta completamente inaceptable en nuestro sistema constitucional propio, aunque en algún momento haya podido pensarse otra cosa (original)[64].

62 Idem, p. 258-259.

63 Idem, p. 260-262.

64 "Em todo caso, o mais importante a observar é que é absolutamente impossível tentar resolver todos esses problemas complexos e cheios de nuances da aplicação

Assim, percebe-se que, se, por um lado, o STJ parece preocupar-se com a possibilidade de exercer uma "discricionariedade judicial", de assumir o lugar da Administração em suas decisões; por outro, deixa de considerar que o enunciado cria hipóteses não previstas em lei em que se poderia adentrar no mérito administrativo por meio de conceitos jurídicos indeterminados não legais, que não têm um âmbito claro de aplicação, ou uma função delimitadora bem definida.

A "manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada", por exemplo, invoca um conceito que segue em discussão na doutrina constitucionalista. Para alguns autores seria um princípio constitucional. Para outros, seria pouco distinguível da razoabilidade. Para Vírgilio Afonso da Silva, seria uma regra e seria diferente da regra da exigência de razoabilidade, por terem origens e estruturas distintas. O autor afirma que a proporcionalidade surgiu na jurisprudência alemã e tem uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes, enquanto a razoabilidade é um conceito vago e variável, usado na jurisprudência inglesa e norte-americana[65].

É perceptível, portanto, que, em uma tentativa de preservar a legitimidade do Judiciário no controle jurisdicional do mérito administrativo, para evitar os perigos de uma discricionariedade ou ativismo judicial exacerbado, o STJ pode ter, na verdade, afastando-se da legitimidade que esse poder tem dentro da estrutura de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, ao adentrar na área do direito administrativo sancionador em contradição com os avanços do

---

de conceitos jurídicos indeterminados com uma fórmula única e radical, à qual todo o problema da relação entre juízes e a Administração seria reduzido: a uma parte regulamentada por lei, na qual os juízes podem intervir, e outra que é política, proibida aos juízes e domínio exclusivo ou reservado do Governo ou da Administração. Essa suposta divisão entre política e direito não explica o que é o Estado de Direito, nem, em particular, a "plena submissão da Administração à Lei e à Constituição". (...) Lembremos que a deferência é a regra geral e a intervenção requer justificativa expressa, técnica que muitas vezes se justifica pela afirmação básica de que "o Judiciário não faz parte do poder público... não responde ao povo", o que é completamente inaceitável em nosso próprio sistema constitucional, mesmo que em algum momento algo diferente tenha sido considerado" (tradução nossa)

65 DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Direito Unifacs – Debate Virtual**, n. 132, 2011.

constitucionalismo e as normas constitucionais que dão azo aos novos paradigmas do direito administrativo, levando em conta de forma precária sua identidade e sua estrutura sistêmica.

O enunciado reflete a pretensa necessidade de garantir o respeito à separação dos poderes, como é tradicionalmente concebida. Nesse sentido, destoa a prática constitucional de um dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, o da transformação da separação de poderes em equilíbrio de poderes, do contexto constitucionalista em que está inserida, o que reforça o apontamento da metáfora da ciranda de pedra como ilustração eficiente da problemática prática constitucional dos novos paradigmas de que ora se trata.

Percebe-se, de modo ainda mais claro, esse ponto de vista, diante dos mais recentes avanços do constitucionalismo pátrio, que apontam para a evolução do modelo político-jurídico estatal para o de um Estado Democrático e Constitucional de Direitos Fundamentais.

Essa fase do constitucionalismo se fundamenta na transição do modelo de Estado que prima pela reserva da lei para o que se propõe a resguardar a reserva da Constituição. Nesse modelo, as funções do Estado devem colaborar e se controlar mutuamente para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. É a mudança de concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para direitos objetivos que fornecem diretrizes, impulsos e limites para todo o ordenamento jurídico. Essa concepção implica efeitos irradiantes, horizontais e dirigentes dos direitos fundamentais[66].

Para Christine Oliveira Peter, no atual cenário do constitucionalismo brasileiro, há uma nova significação do ativismo judicial sob o paradigma do Estado de direitos fundamentais, que é um modelo político aberto e dinâmico, vinculado, objetivamente, aos direitos fundamentais, que se concretizam de forma irradiante, dirigente e horizontal[67].

66 PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas,** v. 5, n. 2, 2015.
67 Ibidem.

Portanto, o enunciado 665 da súmula do STJ demonstra, por meio de sua relação com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, que a prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo esbarra, às vezes e em certos aspectos e áreas, em uma verdadeira ciranda de pedra, em que o aparente movimento, as aparentes transformações dos antigos paradigmas, redunda em um círculo fechado, destoante da realidade contextual do constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

CONCLUSÃO

Por meio da análise empreendida, e considerando-se a identidade e estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, esta, pelo seu enquadramento como subsistema do suprassistema de direito público sancionador, o enunciado 665 da súmula do STJ, tem alcance maior do que a interpretação literal de seu texto poderia indiciar, alcançando, igualmente, o controle jurisdicional de todos os processos que, como o processo administrativo disciplinar, veiculem o direito administrativo sancionador.

O enunciado, ao restringir o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, pela via da invocação aos princípios constitucionais contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, estabelecendo como exceções hipóteses formadas por três conceitos jurídicos indeterminados (flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada), adentra a seara do direito administrativo sancionador, que tem identidade e estrutura firmadas por esses novos paradigmas, a partir de uma visão estanque da distribuição de poderes na República, principalmente no que toca à possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo e da própria função constitucional do Judiciário.

Não considera que essa nova função do Judiciário destaca-se, exatamente, na interpretação do âmbito de aplicação dos princípios

constitucionais. Ao invocar hipóteses formadas por conceitos jurídicos indeterminados, o tribunal abre margem para que ele próprio os preencha, quando da necessidade de análise em um caso concreto, a partir dos mesmos princípios constitucionais usados como fundamentação do enunciado, em virtude da textura aberta das normas principiológicas e de sua estrutura de mandado de otimização.

Assim, percebe-se que, se, por um lado, o STJ parece preocupar-se com a possibilidade de exercer uma "discricionariedade judicial", de assumir o lugar da Administração em suas decisões; por outro, desconsidera que o enunciado cria hipóteses não previstas em lei em que se poderia adentrar no mérito administrativo por meio de conceitos jurídicos indeterminados não legais, que não têm um âmbito claro de aplicação ou uma função delimitadora bem definida. Portanto, o enunciado 665 da súmula do STJ demonstra, por meio de sua relação com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, que a prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo esbarra às vezes e em certos aspectos e áreas, em uma verdadeira ciranda de pedra, em que o aparente movimento, as aparentes transformações dos antigos paradigmas, redunda em um círculo fechado, destoante da realidade contextual do constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos *et al*. **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional,** p. 11-55, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BRASIL. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção (S1). **MS 19995/DF: Mandado de Segurança.** Relato: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 13 de dez. de 2023.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro** (Decreto-Lei nº 4.657/63, com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm . Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n° 799.** Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 665**. O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada. 2023.Disponível

em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/14122023-Primeira- Secao-aprova-sumula-sobre-controle-jurisdicional-do-processo-administrativo- disciplinar.aspx . Acesso em: 13 fev. 2024.

CAMARGO, Claudia Regina. Virgínia não entra na roda: ciranda de pedra e o romance de formação feminino. **Revista de Letras Norte@ mentos**, v. 15, n. 38, 2022.

CARVALHO, Patrícia Oliveira. Um estudo da representação da mulher em *Ciranda de pedra*, de Lygia Fagundes Telles. **Mosaico**, v. 18, n. 1, 2020.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Direito Unifacs - Debate Virtual,** n. 132, 2011.

DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. De um passado de contradições e um presente partilhado por dois mundos a um futuro pragmático: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. **RIOS** - **Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco,** v. 15 n. 29. p. 264-287, 2021.

DE LUCENA, Suênio Campos. Casa, família e desestruturação em *Ciranda de Pedra*, de Lygia Fagundes Telles. **Revista Légua & Meia,** v. 8, n. 1, p. 14-30, 2017.

DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. p.261-279. *In.*: MAFFINI, Rafael *et al.* **Nova LINDB:** consenquencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 261-279.

DEZAN, Sandro Lúcio; DA SILVA PEREIRA, Eliomar. Contributo da teoria do delito para a imputação jurídica no direito público sancionador. **Revista Estudos Institucionais,** v. 8, n. 1, p. 88-104, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do direito administrativo:** reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**.** São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

FERNANDES, Francisco Luiz. Princípio da Juridicidade: O supraprincípio normativo no direito público. **Revista de Direito Brasileira,** v. 6, n. 3, p. 291-300, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración.** Navarra: Editorial Civitas, 2009.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. **Revista Estudos Institucionais**, v.7, n. 2, mai./ago. 2021, p. 467-478.

GUARAGNI, Fábio André; MARIA SOBRINHO, Fernando Martins; BACH, Marion. **Direito penal econômico:** administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina: Editora Thoth, 2021.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **R. Fac. Dir. Univ.,** v. 109. p. 773– 793. jan./dez. 2014.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional.** Salvador: Jus PODIVM, 2008.

LACERDA, Belizário Antônio de. O mito do mérito administrativo. Em: **Jurisprudência mineira,** v. 63, n. 200, mar.- jan. 2012, p. 37-40, 2012.

Lima, Carina Bertozzi de. **Superfície e subterrâneos:** significações de morte, perda e renascimento em *Ciranda de Pedra*. Tese (Doutorado em Estudos Literários) - Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Estudos Literários, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público,** ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas,** v. 5, n. 2, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais,** v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional,** v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007.

STJ. **Súmula N. 665.** Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2023.

SUNDFELD,CarlosAri; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Reincidência no direito administrativo sancionador. **Revista do Direito Público,** v. 12, n. 1, p. 174-202, 2017. p. 184-185.

TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A discricionariedade administrativa e o controle hermenêutico da decisão em processos administrativos: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. **Revista de Direito Brasileira,** v. 21, n. 8, p. 292- 312, 2019.

TELLES, Lygia Fagundes. **Ciranda de pedra**. São Paulo, 1982.

15. O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O RECONHECIMENTO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO NOVOS SUJEITOS DE DIREITO

João Paulo de Carvalho Vasconcelos

INTRODUÇÃO

Acreditar que a civilização nas Américas teve início somente após a chegada dos europeus é uma abordagem tradicional, a qual nega a presença de vastos grupos humanos que foram colonizados, manifestados à escravidão e considerados como seres inferiores, utilizados para estabelecer um sistema de controle e exploração. Nesse sentido, o marco filosófico utilizado neste estudo se apoia na reivindicação de um processo decolonial, descrito a partir da epistemologia do Sul[1], que contesta a visão homogeneizante da modernidade ocidental-europeia, propondo uma emancipação a partir de um "Sul" metafórico, por maior diversidade na produção do conhecimento, que não se paute de forma exclusiva na produção do "Norte" hegemônico. Portanto, ganha força a proposta do constitucionalismo insurgente, de origem popular, em contraposição ao constitucionalismo tradicional europeu.

Utiliza-se, neste capítulo, a metodologia dedutiva de revisão bibliográfica a fim de analisar o novo constitucionalismo latino-americano e identificar as possíveis contribuições para o surgimento de novos sujeitos de direito, notadamente os movimentos sociais

1 A epistemologia do Sul é uma categoria desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos que propõe uma crítica à hegemonia do conhecimento produzido no "Norte Global" e sugere uma abordagem epistemológica alternativa que tenha como ponto de partida os conhecimentos produzidos no chamado "Sul Global". Para Boaventura (1995, *apud* Santos; Meneses, 2014), "uma epistemologia do Sul assenta em três orientações: aprender que existe o Sul; aprender a ir para o Sul; aprender a partir do Sul e com o Sul".

e em especial o Movimento Nacional das Pessoas em Situação de Rua (MNPR), movimento que surgiu em meados de 2001 no Brasil como forma de tensionamento político para garantia dos direitos fundamentais do segmento.

Ademais, pretende-se contribuir com futuras pesquisas a serem desenvolvidas, expandindo o tema proposto e servindo como fonte de investigação para demais trabalhos acerca do assunto, sendo de valor acadêmico fundamental, agregando uma perspectiva crítica aos estudos sobre o constitucionalismo.

O capítulo divide-se em três seções principais. A primeira seção aborda a história da formação do Estado moderno e da tradição do constitucionalismo de base europeia e colonizadora, momento em que já se faz um contraponto destacando a insuficiência de tal modelo e indicando a insurgência do constitucionalismo andino. A segunda subseção consiste em uma análise sobre a crise do Estado moderno, do monismo estatal e de um elemento específico do constitucionalismo latino-americano, o pluralismo jurídico. Na terceira e última subseção, abordam-se as possíveis contribuições do pluralismo jurídico para o surgimento dos novos sujeitos de direito, em especial os movimentos sociais.

FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E TRADIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DE BASE EUROPEIA

Para entendermos o Estado Moderno nos moldes em que se apresenta na atualidade, faz-se necessário suscitar uma breve digressão histórica em torno do seu surgimento e das modificações ocorridas até chegarmos ao estágio hodierno, analisando a natureza de governo da sociedade ocidental, desde a antiguidade, adentrando pelo medievo, até a modernidade, posto que é essa a base da teoria do Estado tradicional.

O Estado Antigo foi caracterizado pela centralização das decisões e poderes políticos na cidade. A cidade era a cabeça dos Impérios;

nela se concentravam as formas de poder e força, como foi o caso da Babilônia, Tebas, Persépolis, Esparta, Atenas, Roma, entre outras, que representaram a geografia política urbana na história mundial, caracterizando uma imagem eloquente do Estado Antigo. A forma de concentração do poder e da autoridade nas cidades se dava pela vontade de um único titular – o rei, faraó, imperador – a quem cada ente humano era subordinado[2].

Ressalta-se também a fusão que existia na Antiguidade entre o governo do homem (Monarquia) e o poder sobrenatural das divindades (Sacerdócio). O governante, por vezes, era considerado um intermediário entre os deuses e o povo, (*v.g.*, o faraó no Egito).

Dessa maneira, na Antiguidade, o Estado assumiu várias formas de organização política, desde as cidades-estados da Grécia e as monarquias divinas do Egito até o império centralizado de Roma. Nesse período, o papel do Estado era principalmente garantir a segurança da população, organizar a produção e fornecer serviços públicos.

Já a Idade Média, que se inicia com a queda do Império Romano ocidental, atesta o declínio do modelo de governo existente no período Antigo, junto à concepção de Estado no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, representativa da unidade do sistema e da plenitude normativa. A ideia fraca e pálida de Estado no período medieval era contrabalançada pela presença ativa e militante de correntes que buscavam restabelecer menos a unidade do sistema e mais a universalidade de cada poder desmembrado[3].

As invasões dos bárbaros, representadas por incursões de hordas armadas pelo território do Império Romano, constituíram um fator de grave perturbação e de profundas transformações na ordem estabelecida, uma vez que introduziam novos costumes e estimulavam as próprias regiões invadidas a se afirmarem como unidades políticas independentes, resultando no aparecimento de numerosos Estados[4]. Nesse sentido, o Estado no medievo era caracterizado por uma

2 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2010. p. 34.

3 Ibidem, p. 34.

4 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 65.

estrutura política plural, fragmentada e descentralizada, reflexo direto do fracionamento do poder político em voga à época, muito influenciado pelas invasões bárbaras e pelo modo de produção feudal.

Dentro do cenário descrito de instabilidade política e socioeconômica, emerge a necessidade premente de reestruturar o tecido social. Esta demanda por uma nova ordem conduz ao advento do que historicamente é reconhecido como Estado Moderno. Este período de transição marca uma ruptura com as estruturas de poder anteriores, buscando estabelecer uma forma de governança mais centralizada e sistematizada, que pudesse responder de maneira eficaz às crescentes complexidades das sociedades. Por todos esses aspectos, o surgimento do Estado Moderno é visto como um ponto de inflexão crítico, um momento em que a necessidade de ordem e estabilidade se torna o catalisador para uma reorganização profunda das relações políticas e sociais.

Thomas Hobbes anteviu o estabelecimento do Estado moderno em *Do Cidadão* e *Leviatã*, em que a multidão se torna uma população na união com o soberano, ao tornar-se subordinada ao seu poder de união. O povo somado ao soberano que o representa, torna-se uno. No entanto, aquele abre mão parcialmente de sua autonomia e de suas prerrogativas de liberdade em favor da proteção e segurança proporcionada pelo Estado[5].

No século XVIII, o Estado Moderno já apontava traços inconfundíveis de seu surgimento, manifestado no conceito unificador de soberania. O grande princípio que inaugurou o Estado Moderno foi a soberania, sem a qual seria impossível constituir uma sólida doutrina de um poder inabalável, teorizado e concretizado na autoridade central, unitária, monopolizadora da coerção e do poder na sociedade[6].

Para Paulo Bonavides[7], "a soberania, vista à luz da filosofia pragmática, que era então a filosofia política do Estado, enquanto

5 BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise.** Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
6 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2010. p. 35.
7 Ibidem, p. 36.

ordenamento em gestação, se escorava, com razão objetiva, posto que carente de esteios éticos, nos argumentos da obra de Maquiavel".

Ademais, os abusos e arbitrariedades perpetrados pelo estado absolutista tornaram-se comuns, muitas vezes em detrimento dos direitos e da segurança dos indivíduos. A ausência de limites claros ao poder estatal resultou em situações de opressão e injustiça, levando ao anseio pelo estabelecimento de regras escritas para conter o arbítrio e garantir maior segurança jurídica aos cidadãos. Com efeito, a obra de Hobbes tratou de justificar os poderes extremos, servidos de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, contanto que a conservação social do monarca seja mantida a qualquer preço[8].

Verifica-se ainda que a premissa do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional. Portanto, há a transferência do poder que outrora era das pessoas e passa a ser das leis. Agora são as leis que governam o ordenamento político-social. Desse modo, a legalidade se mostra como a máxima de valor supremo e se traduz no texto dos Códigos e Constituições[9].

As características centrais do Estado Moderno são a soberania e a distinção entre Estado e sociedade civil, a centralização do poder político no Estado, a criação de instituições/obrigações estatais, a adoção de um exército permanente e de uma legislação unificada para todo o território. Tais características foram se consolidando e se expandindo pelo mundo, exercendo uma crescente influência sobre a vida política, social e econômica das sociedades em que se instalaram, inclusive nos países da América Latina.

Desse modo, o constitucionalismo, de forma geral, refere-se ao conjunto de princípios e valores que fundamentam a organização e o funcionamento de um Estado, estabelecendo as regras básicas que regem o exercício do poder e os direitos dos cidadãos, incluindo a

8 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2010. p. 38.
9 Ibidem, p. 43.

ideia de separação de poderes, garantias individuais, estado de direito e democracia.

Quanto ao perfil ideológico do constitucionalismo político, este traduz não só o jogo dos valores institucionais dominantes e as diversificações de um momento singular da organização político-social, como expressa a junção notória de algumas diretrizes, como o liberalismo econômico, sem a intervenção do Estado, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante, a concepção monista de Estado de Direito e a supremacia dos direitos individuais[10]. Ademais, "o constitucionalismo diz respeito às circunstâncias históricas europeias e ocidentais"[11].

Diante disso, é necessário destacar que o constitucionalismo moderno tradicional de matriz liberal estatista não se mostra integralmente satisfatório, uma vez que tem sido historicamente insuficiente para explicar as sociedades colonizadas, especialmente quanto à ruptura com as metrópoles europeias e a continuidade de relações tipicamente coloniais em suas respectivas sociedades ao longo dos séculos XIX, XX e parte do XXI[12].

Nesse sentido, pensar no surgimento da América em 1492 é uma forma clássica de excluir grande parte da humanidade composta por povos conquistados, escravizados e classificados como subumanos para impor uma estrutura de dominação e exploração[13].

Destarte, o marco filosófico para uma virada de chave se apoia na reivindicação de um processo descolonizador, descrito a partir da "epistemologia do Sul" que contesta a visão homogeneizante da

10 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In.:* MORAES, Germana de Oliveira *et al.* **Para Além das Fronteiras:** o tratamento Jurídico das Águas na Unasul. Itajaí: Univali, 2012. p. 66.

11 BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 15.

12 FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano:** Estado plurinacional e pluralismo jurídico**.** Fortaleza: Pensar, 2011. p. 402.

13 WOLKMER, Antonio Carlos. Notas para pensar la descolonizacion del constitucionalismo em latioamérica. *In.*: ROSSI, Amélia Sampaio *et al.* **Constitucionalismo en clave descolonial.** Bogotá: Universidad Libre, 2022. p. 89-90.

modernidade ocidental-europeia, propondo uma emancipação a partir de um "Sul" metafórico, que não meramente geográfico. A concepção do Sul se sobrepõe, em parte, ao Sul geográfico, que representa os países e regiões do mundo que foram submetidos ao colonialismo europeu e que, com exceções como Austrália e Nova Zelândia, não alcançaram níveis de desenvolvimento econômico semelhantes aos do Norte global (Europa e América do Norte).

Significa uma espécie de reivindicação por maior diversidade na produção do conhecimento, que não se paute de forma exclusiva na produção do "Norte" hegemônico. Trata-se propriamente de uma manifestação contra as formas de colonialismo nas dimensões política, cultural, econômica, epistemológica. Por isso, libertar a América Latina das formas de colonialismo (ou neocolonialismo) pressupõe valorizar a produção de uma epistemologia própria.

Nesse diapasão, ganha força a proposta do constitucionalismo insurgente (constitucionalismo andino) que começa a gestar-se nos países latino-americanos, diante das mudanças políticas e dos novos processos constituintes com suas específicas caracterizações[14], surgindo de forma evidente a partir da atuação política de movimentos sociais na América Latina em defesa de um pluralismo cultural, econômico, social, diferente do constitucionalismo tradicional que foi desenvolvido e propagado a partir da doutrina político-jurídica.

Alysson Mascaro (2021), um dos representantes contemporâneos da teoria crítica do direito, afirma que atualmente o avanço na compreensão do Estado e da política se faz, necessariamente, superando todas as mistificações teóricas que ainda se limitam a definições jurídicas ou metafísicas como a de que o Estado é o bem comum ou legítimo. Para o autor, a compreensão do Estado só pode se fundar na crítica da economia política capitalista, lastreada na sua totalidade social. Portanto, é no seio das explorações, das dominações

14 FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano:** Estado plurinacional e pluralismo jurídico**.** Fortaleza: Pensar, 2011. p. 403.

e das crises da reprodução do capital que se vislumbra a verdade da política.

Assim, a formação do Estado moderno e do constitucionalismo europeu é vinculada ao desenvolvimento do sistema capitalista, de forma que o capitalismo e o Estado estão ligados de forma indissociável, sendo parte da mesma evolução histórica[15]. É nessa conjuntura que se introduz a análise da crise da modernidade, interligada à crise do capitalismo e da globalização, como faces da mesma moeda.

DA CRISE DA MODERNIDADE E MONISMO ESTATAL AO PLURALISMO JURÍDICO

Como dito, a crise da modernidade se identifica com a crise do sistema capitalista e do mundo globalizado, podendo-se elencar alguns fatores que contribuem para o seu agravamento, como a crescente desigualdade econômica, a polarização política, a crise ambiental, a fragmentação social e cultural, a migração em massa, a crise de representação política e a ascensão de movimentos autoritários.

Lênin, em *O imperialismo, etapa superior do Capitalismo*, nos ajuda a entender os processos históricos que culminaram no atual estágio crítico. O autor trata do processo ocorrido no início do século XX de perda de força do capitalismo industrial para o capital financeiro, representado pelos bancos, que desembocariam necessariamente no fenômeno do imperialismo – forma política de dominação do capital financeiro sobre a sociedade burguesa[16].

Nesse processo histórico, a noção geral de concorrência passa a ser substituída pelo monopólio[17], quando há uma nítida

15 BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 44.

16 ARRUDA, Plínio. Introdução. In: LÊNIN, Vladimir. **O imperialismo, etapa superior do Capitalismo**. Campinas: Unicamp, 2011. p. 33.

17 O capitalismo monopolista é compreendido como uma unidade dialética, que contempla não apenas todas as dimensões da economia e da sociedade – as forças produtivas, as relações de produção, a superestrutura jurídica e ideológica – em suas relações de mútua determinação no interior de cada formação social, como

transformação de uma massa de modestos intermediários em um punhado de monopolistas – processo fundamental da transformação do capitalismo em imperialismo[18].

Para Milton Santos[19], quando um mercado monopolista se impõe, é mais difícil absorver o trabalho excedente do que em condições competitivas, visto que a organização monopolista tem reduzida capacidade de proporcionar emprego e desvia potenciais trabalhadores para setores da economia incapazes de oferecer salários e empregos permanentes. Considera-se também o desinteresse das corporações multinacionais em usar técnicas de trabalho intensivo, porque as massas operárias, com suas reivindicações e poder político, representam uma ameaça.

Deste modo, para Gilberto Bercovici[20] existe atualmente um estado de exceção econômico permanente ao qual se submete a periferia do capitalismo, onde a ditadura política foi substituída pela ditadura econômica dos mercados. Nesse sentido, a razão de mercado passa a ser a nova razão de Estado, ou seja, o mercado financeiro se torna mais importante do que a soberania popular, havendo uma subordinação do Estado ao mercado.

Ademais, observa-se um cenário de desigualdades extremas, próprio da crise capitalista. Tome-se como exemplo o fato mencionado por Ladislaw Dowbor[21] de que oito indivíduos são donos de mais riqueza do que a metade da população mundial, enquanto 800 milhões de pessoas passam fome. O autor lança o seguinte questionamento: "A fortuna das oito famílias foi produzida por elas ou montaram um

também os nexos inextrincáveis de exploração econômica e dominação política que condicionam a relação entre as diferentes formações econômicas e sociais que conformam o sistema capitalista mundial. Ibidem. p. 32.

18 LÊNIN, Vladimir. **O imperialismo, etapa superior do Capitalismo.** Campinas: Unicamp, 2011. p. 138.

19 SANTOS, Milton. **Ensaios sobre a Urbanização Latino-americana**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017. p. 80-81.

20 BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Fortaleza: Pensar, 2006. p. 95.

21 DOWBOR, Ladislaw**. La era del capital improductivo**. Napoli: La Città del Sole, 2021. p. 22.

sistema de apropriação de riqueza por meio de papéis[22]"? E responde: são donos de papéis financeiros que rendem.

Para o enfrentamento do tema referente à crise da civilização capitalista moderna, importante citar Michael Lowy[23], o qual acredita na insustentabilidade do modo de produção, consumo e habitação capitalista, cujo resultado é um sistema que transforma tudo (água, terra, ar, seres humanos) em mercadoria e que não estabelece critério alternativo à expansão dos negócios e acumulação dos lucros.

Lowy é firme ao apontar que a crise não resulta do excesso de população ou da tecnologia em abstrato e sim das consequências do processo de acumulação do capital, atualmente, da globalização neoliberal sob a hegemonia do império norte-americano. Para além da lógica capitalista do lucro e da mercadoria, Michael Lowy propõe como alternativa o ecossocialismo[24].

Nesse sentido, Milton Santos[25] afirma que as mazelas atuais da humanidade (aumento da pobreza, perda da qualidade de vida, fome, desabrigo, falta de educação de qualidade) são atribuídas ao processo de globalização e de adesão aos comportamentos competitivos que caracterizam as ações hegemônicas. Todavia, o autor se mostra otimista ao falar sobre a possibilidade de "uma outra globalização", mais humana, com a necessária mudança das bases materiais do período atual (unicidade da técnica e convergência dos momentos e

22 Acredita-se que aqui o termo foi utilizado como referência ao capital financeiro improdutivo.

23 LÖWY, Michel. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. **Caderno CRH.**, n. 26, 67, p. 79-80, 2013.

24 "O ecossocialismo é uma estratégia de convergência das lutas sociais e ambientais, das lutas de classe e das lutas ecológicas contra o inimigo comum que são as políticas neoliberais, a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o imperialismo americano, o capitalismo global. Este é o inimigo comum dos dois movimentos, o movimento ambiental e o movimento social. Não se trata de uma abstração, há muitos exemplos; aqui mesmo, no Brasil, como um belo exemplo do que seja uma luta ecossocialista, tivemos o combate heroico de Chico Mendes, que pagou com sua vida o compromisso de luta com os oprimidos." Ibidem. p. 83.

25 SANTOS, Milton. **Pobreza Urbana.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 10.

conhecimento do planeta), produzindo um novo discurso, uma nova metanarrativa.

Como exemplo de autodestruição do atual processo de globalização, Milton Santos[26] afirma que no fim do século XX, houve um aumento de mais de 600 milhões de pessoas vivendo em situação de pobreza em relação a 1960, ainda que os métodos quantitativos da estatística possam subestimar essa cifra, uma vez que ser pobre não se resume a ganhar menos do que um valor estabelecido, mas sim estar inserido em uma situação estrutural com uma posição relativa inferior dentro da sociedade como um todo. Essa condição se amplia para um número cada vez maior de pessoas e tanto a pobreza quanto o desemprego são agora encarados como fenômenos "naturais" inerentes ao próprio processo.

Nesse contexto, alerta-se para a crise no sistema monista que centraliza no Estado toda decisão política e de resolução de conflitos individuais ou coletivos. É certo que o processo de extrema desigualdade social vivida atualmente resulta também da ausência do Estado em determinados setores da sociedade, os quais passam a tentar resolver seus próprios conflitos de forma alternativa e independente.

Destaca-se que o monismo é fundamentado na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico: o Direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências a valores morais ou políticos e dos limites e insuficiências empíricas das instituições estatais. Consequentemente, as normas jurídicas são desagregadas da realidade social, constituindo uma realidade autônoma e extremamente abstrata. Para tanto, a dogmática jurídica exerce papel fundamental de propagar o discurso hermético, supostamente neutro, pautado em ficções como a da completude do ordenamento e da segurança jurídica, que, em última análise, legitimaria o caráter universal e autossuficiente do direito[27].

---

26 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 29.

27 CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. *In.:* WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M.

Destarte, é necessário refletir sobre a teoria do pluralismo jurídico, como uma das teorias alternativas do direito que discute a crise do modelo normativo monista, notadamente quando este não se mostra capaz de resolver todas as demandas da sociedade.

O Pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo espaço para a produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários. Portanto, é proposto um constitucionalismo pluralista e emancipador[28].

Nesse ponto, argumenta Antônio Carlos Wolkmer[29] que a crise do modelo normativo estatizante propicia, gradualmente, amplas possibilidades para o surgimento de orientações prático-teóricas insurgentes e paralelas que questionam e superam o reducionismo dogmático-positivista representado pela ideologia monista centralizadora.

No presente estudo, adotou-se o conceito de pluralismo jurídico apresentado por Antônio Carlos Wolkmer em 1990, na sua tese de doutoramento na Universidade Federal de Santa Catarina. O autor demonstra clara preocupação em diferenciar um pluralismo progressista e emancipatório de outro de tom conservador e reacionário, ao ponto de reconhecer que nem toda regulação comunitária é dotada de justeza e legitimidade, porquanto o fato de ser extraestatal não é condição para ser legítima[30]. Diante disso, indaga-se: como diferenciar

(org.). **Pluralismo Jurídico:** Os novos caminhos da contemporaneidade**.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

28 FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico.** Fortaleza: Pensar, 2011. p. 374.

29 WOLKMER, Antonio Carlos. Notas para pensar la descolonizacion del constitucionalismo em latioamérica. *In.:* ROSSI, Amélia Sampaio *et al.* **Constitucionalismo en clave descolonial.** Bogotá: Universidad Libre, 2022. p. 170.

30 CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. *In.:* WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M.

o pluralismo jurídico legítimo do ilegítimo? Quais são os critérios de justiça que atestam a legitimidade das práticas alternativas?

Wolkmer[31] aduz que a "afirmação de um pluralismo político e jurídico traduzirá a complexa interação do pluralismo legal (nível do Direito) com um pluralismo comunitário-participativo (nível do social e da política)". Para tanto, o autor defende o desenvolvimento de duas condições básicas, quais sejam:

> a) fundamentos de "efetividade material" – **emergência de novos sujeitos coletivos,** satisfação das necessidades humanas fundamentais. b) fundamentos de "efetividade formal" – reordenação do espaço público mediante uma **política democrático-comunitária descentralizadora e participativa**, desenvolvimento da ética concreta da alteridade, construção de processos para uma **racionalidade emancipatória** (Grifei).

Dessa forma, na tentativa de responder às indagações propostas com base na categoria do pluralismo comunitário-participativo, tem-se que a legitimidade das práticas alternativas se daria quando observadas algumas condições, destacando as seguintes: 1) a emergência de novos sujeitos coletivos; 2) o objetivo de satisfazer necessidades humanas fundamentais; 3) a reordenação do espaço mediante uma política democrática-comunitária, descentralizadora e participativa; 4) o desenvolvimento de uma ética da alteridade e a construção de uma racionalidade emancipatória.

É nessa direção que se defende a insurgência dos movimentos sociais como verdadeiros novos sujeitos de Direito, com pautas e necessidades próprias, definindo e ocupando um espaço democrático

(org.). **Pluralismo Jurídico:** Os novos caminhos da contemporaneidade**.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

31 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In.:* MORAES, Germana de Oliveira *et al*. **Para Além das Fronteiras:** O tratamento Jurídico das Águas na Unasul. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 231.

e comunitário de forma participativa e com uma racionalidade emancipadora.

OS MOVIMENTOS SOCIAIS DA PERIFERIA URBANA

Os movimentos sociais surgem com o escopo de fazer sobressair determinado assunto ou tema de interesse público. Lutam por transformações sociais e pelo reconhecimento político de específicas causas, por meio de ações coletivas organizadas que podem gerar a médio e longo prazo alterações políticas, mudanças culturais e legislativas em um determinado contexto histórico[32].

O Movimento Nacional da População em Situação de Rua (MNPR) é formado por pessoas em situação de rua[33] e/ou que tiveram trajetória de rua, com objetivo de tensionamento político no sentido de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade do segmento, tendo surgido em meados de 2001 após o episódio da chacina da Praça da Sé[34], em São Paulo/SP, que matou sete pessoas em situação de rua e deixou seis gravemente feridas.

O MNPR tem em sua carta de princípios a previsão de que toda importante decisão precisa de apoio das bases, não podendo ser tomada pela coordenação nacional do movimento. Outro princípio que merece destaque é o da a ação direta, o qual define que as ações do movimento serão de sua própria autoria e responsabilidade, respeitando as decisões coletivas, conforme carta de princípios. Nesse contexto, ressalta-se uma frase dita muitas vezes nas reuniões do movimento: "Nada sobre nós, sem nós".

32 LIMA, Nathália Potiguara de Moraes. **Movimento Nacional da População em Situação de Rua do RN:** formação política. Dissertação (Mestrado em ???) - Repositório da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

33 Importante mencionar uma das conclusões de Ana Tojal (2023, p. 105) após realizar entrevistas em sua pesquisa de campo com integrantes do MNPR, qual seja: "A violência esteve nas falas e na vivência de todos os entrevistados".

34 Mais informações sobre a chacina disponível em: https://www.anf.org.br/16-anos-depois-massacre-da-se-e-exemplo-de-violencia-contra-populacao-de-rua/. Acesso em: 10 ago. 2023.

Hebert Blumer (1969), citado por Nathália Lima[35], destaca aspectos importantes sobre os movimentos sociais, afirmando que as ações coletivas podem causar interferências "ativas" (transformação da sociedade) ou "expressivas" (transformação dos participantes) na sociedade. Ademais, pode-se considerar tanto aspectos ativos como expressivos no MNPR, o que se confunde diante das constantes transformações sociais.

Destacam-se alguns enunciados normativos que se relacionam diretamente com os princípios do MNPR, nos fazendo pensar na difusão da ideia dos movimentos sociais como novos sujeitos de direito. Veja-se, por exemplo, o art. 6º do Decreto 7.053 de 2009 que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua e prevê como diretriz "o incentivo e apoio à organização da população em situação de rua e à sua participação nas diversas instâncias de formulação, controle social, monitoramento e avaliação das políticas públicas"[36].

No mesmo sentido, a resolução nº 40/2020 do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), que dispõe sobre as diretrizes para promoção e defesa dos direitos humanos da população de rua, prevê que as pessoas em situação de rua devem participar ativamente dos processos decisórios de planejamento, execução, monitoramento e avaliação de ações voltadas para o seu atendimento, com valorização da escuta ativa, protagonismo e autonomia nas decisões e acordos. Veja-se:

> Art. 3º As pessoas em situação rua, bem como pessoas com trajetória de rua, devem participar ativamente dos processos decisórios de planejamento, execução, monitoramento e avaliação de ações voltadas para

35 LIMA, Nathália Potiguara de Moraes. **Movimento Nacional da População em Situação de Rua do RN:** formação política. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Repositório da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

36 BRASIL. **Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009.** 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 03 ago. 2023.

> o seu atendimento, com a valorização da escuta ativa, protagonismo e autonomia nas decisões e acordos, a partir de, mas não somente, ações públicas coletivas, como forma de garantia de participação na implementação e monitoramento, fortalecimento dos Comitês Intersetoriais de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para População em Situação de Rua (CIAMP Rua) e formação popular permanente, inclusive a nível municipal, estadual e distrital[37].

Ademais, o próprio Poder Judiciário, que convencionalmente é marcado pela utilização da dogmática jurídica tradicional, já vem aceitando uma ampliação no rol dos sujeitos de direito, inclusive no que concerne à possibilidade de figurar no polo ativo de determinadas ações, como aconteceu no caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 976[38], na qual o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) figura no polo ativo juntamente com o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pretendem por meio da ação que seja declarado o "estado de coisas inconstitucional concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil".

Wolkmer[39] afirma como um desafio no processo de descolonização, justamente a necessária mobilização de base e ativismo democrático, por meio dos movimentos sociais, representando os mecanismos institucionais tradicionais que não respondem de forma satisfatória às demandas sociais.

37 BRASIL. **Resolução nº 40 de 13 de outubro de 2020**. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/copy_of_Resolucao40.pdf. Acesso em: 03 ago. 2023.

38 Mais informações em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=511160&ori=1. Acesso em: 10 ago. 2023.

39 WOLKMER, Antonio Carlos. Notas para pensar la descolonizacion del constitucionalismo em latioamérica. *In.:* ROSSI, Amélia Sampaio *et al.* **Constitucionalismo en clave descolonial.** Bogotá: Universidad Libre, 2022. p. 107.

Destarte, a legitimação de novos sujeitos sociais vem em evidente contraposição ao sujeito coisificado do direito tradicional, visto como sujeito abstrato, privado e metafísico oriundo do liberalismo moderno[40].

No mesmo viés, Claudio Souto, ao buscar a construção de um conceito social do Direito, tentou estabelecer um pressuposto ético, ou seja, um critério pelo qual fosse possível identificar comunidades dotadas de regramentos que privilegiassem a existência e o desenvolvimento humano[41].

Embora haja muitas críticas e divergências em torno do pluralismo jurídico, todas as abordagens partem do pressuposto comum de que não há apenas uma, mas diversas ordens jurídicas regulamentando as práticas sociais. Nesse diapasão, o Estado não detém o monopólio de produção normativa. O Direito não se resume ao Direito estatal, mas envolve também um Direito vivo, aquele que surge no seio da própria sociedade, apresentando, por vezes, maior legitimidade do que os atos normativos oficiais[42].

Nesse contexto, a existência de normatizações que regulam a vida da sociedade nas comunidades periféricas urbanas, principalmente nas grandes cidades, enseja a reflexão sobre a possibilidade dessas regras internas nascidas nas comunidades periféricas serem consideradas como uma ordem jurídica autônoma no que diz respeito ao Direito estatal, como é o caso da comunidade de "Pasárgada", localizada na cidade do Rio de Janeiro, a qual foi objeto de estudo

40 FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano:** Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Fortaleza: Pensar, 2011. p. 400.

41 MOURA, Bruno Emanuel Tavares de. Da (I)legitimidade da cobrança de "Taxas" efetuada pelas milícias em comunidades carentes: uma análise sob a perspectiva da ciência social do direito. *In.:* KRELL, Olga Jubert Gouveia; BARBOSA, Ana Gabriela Soares Barbosa (orgs.). **Sociologia do Direito**: pluralismo jurídico, direito alternativo e administração da justiça: das bases teóricas aos problemas práticos. Aracaju: Verbo Jurídico, 2013.

42 CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. *In.:* WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo Jurídico:** Os novos caminhos da contemporaneidade**.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

realizado em 1970 pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos, tendo seus resultados publicados no livro *O Discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*.

O caso da comunidade de "Pasárgada" trouxe importante análise sobre o pluralismo jurídico no Brasil, sendo ponto de partida para demais estudos de comunidades que se encontram nas regiões periféricas das grandes cidades no país. Argumenta-se que Boaventura, ao realizar um estudo empírico em Pasárgada, verificou que ali despontava um direito paralelo, não oficial, utilizado pelos moradores para fazer frente às contingências sociais e resolver os conflitos entre eles[43].

O pluralismo jurídico nas comunidades periféricas urbanas surgiu como forma de solucionar problemas sociais internos, de modo que alguns grupos começaram a se organizar por meio de normas próprias que regem esses indivíduos, muitas vezes mais eficazes do que o Direito oficial dentro daquela realidade.

As questões urbanas e o Direito Comunitário são frutos das sociedades capitalistas, tensionadas pelas ações sociais realizadas por grupos articulados como movimentos sociais. Nesse contexto, para solucionar as questões sociais e urbanas das periferias surge a figura do pluralismo jurídico, como alternativa ao monismo jurídico. Desse modo, o pluralismo passa pela emergência de novos sujeitos sociais, de suas necessidades e das reivindicações e lutas por novos direitos, sendo fundamental, portanto, destacar as formas plurais de estratégias de produção e aplicação do Direito na contemporaneidade[44]. Dessa forma,

43 ALMEIDA, Plínio Régis Baima de; FREIRAS, Janaina Helena de Freitas; KRELL, Olga Jubert Gouveia. Do Monismo Estatal ao Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo: Os movimentos de ocupação de entidades de ensino como novos sujeitos coletivos. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da Ufal**, v. 8, n. 1, p. 10, 2017.

44 LIXA, Ivone Fernandes M.; WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina**. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. p. 95.

> [...] para se constituir uma cultura político-jurídica mais democrática, marcada pelo pluralismo, pela descolonização e pela liberação, faz-se necessário, refletir e forjar um pensamento crítico, construído a partir da práxis das sociedades emergentes, capaz não somente de viabilizar novos conceitos, categorias, representações e instituições sociais, como também repensar as fontes do direito, tomando em conta os critérios da pluralidade e interculturalidade[45].

A necessidade de obter alternativas de organizações internas nas comunidades da periferia urbana no Brasil advém do processo de urbanização excludente desses espaços e de suas populações, tendo em vista a dificuldade de acesso às políticas públicas sociais, urbanas e habitacionais por parte do poder público. Nesse panorama, "o direito à vida e à liberdade, entendidos como individuais e coletivos, moldam o espaço necessário, a partir do qual a dignidade humana é desenvolvida nos contextos de adversidade, miséria e dominação"[46].

Nessa toada, é certo que a realidade do Brasil é semelhante aos outros países da América Latina, uma vez que compartilham um processo histórico comum, moldado por ações coloniais, lutas pela independência e desafios pós-coloniais. Nesse contexto, as problemáticas enfrentadas pelo Brasil ecoam em muitos outros países latino-americanos. Para Milton Santos[47], todas as cidades latino-americanas nasceram a serviço das relações internacionais com os países "mais evoluídos", sendo esta uma característica específica do processo de urbanização latino-americano, pois reflete a função original das cidades ligada à colonização aprofundada na região.

45 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In.:* MORAES, Germana de Oliveira *et al*. **Para Além das Fronteiras:** O tratamento Jurídico das Águas na Unasul. Itajaí: Univali, 2012. p. 95.

46 LIXA, Ivone Fernandes M.; WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina**. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. p. 100.

47 SANTOS, Milton. **Ensaios sobre a Urbanização Latino-americana**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017. p. 11.

As comunidades da periferia urbana, em sua maioria, vivem dentro de uma sociedade segregada, desprovidas de assistência à saúde, educação, lazer, esporte, moradia digna, assistência social e saneamento básico. Nesse cenário, surge a necessidade de articulação de organizações plurais pelos próprios moradores da comunidade e da criação de movimentos sociais em busca da garantia de um direito que funcione dentro daquela realidade.

Os moradores da comunidade, quando reunidos, se articulam em busca da efetividade de seus direitos, dotados de autonomia e autogestão enquanto grupo social. No entanto, essa autonomia não significa uma aversão ao Estado, mas sim um meio de pressão por parte dos movimentos para que o Estado efetive seus direitos. Wolkmer trabalha essa vertente na proposta do pluralismo jurídico fundado em uma cultura comunitária participativa[48]. Nesse trilhar,

> [...] a luta pela positivação de direitos pode ensejar a existência de um pluralismo jurídico dentro da sociedade. Esta passa a adotar um conjunto de regras e valores próprios, não previstos no Direito oficial. No entanto, a vontade do grupo não é a formação de uma ordem jurídica autônoma por tempo indeterminado, mas sim a criação de um Direito não-oficial temporário, cujas normas terão validade até o momento em que sejam inseridas no bojo do ordenamento jurídico estatal[49].

48 ALMEIDA, Plínio Régis Baima de; FREIRAS, Janaina Helena de Freitas; KRELL, Olga Jubert Gouveia. Do Monismo Estatal ao Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo: Os movimentos de ocupação de entidades de ensino como novos sujeitos coletivos. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da Ufal**, v. 8, n. 1, p. 13, 2017.

49 BARBOSA, Petrúcio Lopes (coord.). **Sociologia do direito:** Pluralismo jurídico, direito alternativo e administração da justiça: das bases teóricas aos problemas práticos. Maceió: Verbo Jurídico, 2013. CASADO FILHO, Petrúcio Lopes. **Sociologia do Direito. Pluralismo Jurídico, Direito Alternativo e Administração da Justiça:** das bases teóricas aos problemas práticos. Maceió: Verbo Jurídico, 2013.

Cada comunidade apresenta um fator próprio no processo de formação de normas de conduta elaboradas por seus moradores. No entanto, observa-se um ponto em comum, que diz respeito ao distanciamento entre os membros da comunidade e a Administração Pública:

> Os novos sujeitos sociais que entram em cena e a reinvenção de suas necessidades essenciais justificam o aparecimento de "novas" modalidades de direitos que desafiam e questionam profundamente a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e suas modalidades convencionais de tutela[50].

No entanto, impende ressaltar a cautela com a classificação das normas criadas pelas comunidades urbanas periféricas. Isso porque, em alguns casos, a manifestação popular pode não caracterizar o pluralismo jurídico (comunitário-participativo) como, por exemplo, as normas nascidas nas comunidades da periferia urbana impostas pelo tráfico de drogas e milícias. Dessa forma, o pluralismo jurídico comunitário-participativo exige, como dito acima, a conformidade com princípios e valores de igualdade, liberdade, emancipação, participação, coletividade.

Retomando a abordagem da comunidade de "Pasárgada", localizada na cidade do Rio de Janeiro, objeto de estudo do sociólogo Boaventura de Sousa Santos, o autor traz em seu capítulo 1 na obra *O discurso e o poder*, a questão da marginalidade urbana e a produção jurídica, apontando que as associações de bairro passaram a exercer funções que muitas vezes não estavam nos seus estatutos, como a de arbitrar conflitos entre os vizinhos, principalmente sobre as questões que envolvem direitos sobre habitação. Sendo assim, a associação de moderadores tornou-se, gradualmente, um *forum* jurídico, em volta

50 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In.:* MORAES, Germana de Oliveira *et al*. **Para Além das Fronteiras:** O tratamento Jurídico das Águas na Unasul. Itajaí: Univali, 2012. p. 101.

do qual foi se desenvolvendo uma prática e um discurso jurídico – o direito de Pasárgada[51].

Desse modo, o direito de Pasárgada configurou-se como um direito paralelo não oficial, válido dentro da realidade daquela comunidade, assim como vem acontecendo com diversas comunidades da periferia urbana no país, como é o caso da comunidade Morro da Coroa[52].

Destaca-se nesse contexto a contribuição de Martinez Dalmau[53] em seu artigo intitulado de "As constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram?", o autor busca responder à pergunta do título e uma de suas respostas é no sentido de que: no que concerne à transformação do Estado (destruição dos elementos tradicionais), as reformas foram tímidas, sendo possível detectar alguns avanços particulares nos processos de descolonização, na introdução de conceitos transformadores como plurinacionalidade e pluralismo jurídico, e em algumas propostas para restruturação dos poderes, na área de eleições e participação política. Outra constatação do mesmo autor é que com o novo constitucionalismo popular houve aumento indiscutível no bem-estar e índices de diminuição da pobreza e integração de grupos amplamente discriminados no passado.

A função mais importante dessas mudanças no constitucionalismo é a de iniciar um processo de transformação a longo e médio prazo, na medida em que incide nas ordens políticas, sociais, jurídicas e econômicas nas sociedades em que são aplicadas[54]. Afinal, as constituições liberais e a doutrina clássica do

51 SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 14.

52 Os dados obtidos na pesquisa realizada no Morro da Coroa foram agregados a informações sobre as práticas de resolução de conflitos, vigentes em outras favelas da cidade do Rio de Janeiro. O padrão de juridicidade alternativa detectado no Morro da Coroa é comum a outras favelas ou áreas periféricas da cidade (Junqueira; Rodrigues, 1992, p. 9 apud Magalhães, 2010, p. 101-102).

53 DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram? **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, p. 53, 2018.

54 DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram? **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, p. 62, 2018.

constitucionalismo político poucas vezes reproduziram na América Latina as necessidades de seus segmentos sociais majoritário, como nações indígenas, populações afro-americanas, campesinos agrários e os diversos Movimentos urbanos[55].

Nesse diapasão, urge o fortalecimento de um constitucionalismo com suas próprias experiências práticas que não sejam meramente um transplante reprodutivo formal dos cânones do constitucionalismo liberal europeu etnocêntrico. Essa necessidade sublinha a importância de desenvolver um quadro jurídico que reflita as realidades sociais, culturais e políticas específicas de cada sociedade, ao invés de impor modelos que não correspondem às suas dinâmicas internas. Isso implica um reconhecimento crítico de que o constitucionalismo, para ser verdadeiramente eficaz e justo, deve ser adaptável e inclusivo, capaz de incorporar diversas tradições jurídicas e experiências históricas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso refletir sobre a origem histórica do Estado moderno de base europeia para se dar conta de como o modelo e suas características centrais foram se consolidando e se expandindo pelas outras partes do mundo, exercendo uma crescente influência sobre a vida política, social e econômica das sociedades em que se instalaram, inclusive e especialmente nos países da América Latina.

Destaca-se que o constitucionalismo moderno tradicional de matriz liberal estatista não se mostra integralmente satisfatório, uma vez que tem sido historicamente insuficiente para explicar as sociedades colonizadas ao longo dos séculos. É nessa circunstância que ganha força a proposta do constitucionalismo insurgente, com características pluralistas e emancipadoras.

Nesse contexto, a relevância e a pertinência do pensamento decolonial, enfatizando-se a necessidade de explorar respostas

55 FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano:** Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Fortaleza: Pensar, 2011. p. 377.

à crise contemporânea do Estado Moderno através das lentes do constitucionalismo latino-americano. Esta abordagem permite concluir que as constituições pioneiras no novo constitucionalismo forneceram um terreno fértil para a incorporação de conceitos transformadores dentro da estrutura estatal, tais como a plurinacionalidade e o pluralismo jurídico.

Assim, o pluralismo jurídico como elemento do novo constitucionalismo pode e deve ser pensando no sentido de robustecer teoricamente o surgimento de novos sujeitos de Direito, dentre os quais se encontram os movimentos sociais e especificamente para este estudo, o Movimento Nacional das Pessoas em Situação de Rua (MNPR).

Ademais, essas inovações representam um desvio significativo dos modelos tradicionais, introduzindo princípios que reconhecem a diversidade e a multiplicidade de identidades e sistemas jurídicos. Por meio desse processo, o constitucionalismo latino-americano emerge não apenas como um campo teórico de estudo, mas como uma prática viva que desafia as normas estabelecidas e propõe novas formas de organização social e política, alinhadas com as demandas por justiça social, equidade e respeito à diversidade cultural e étnica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Plínio Régis Baima de; FREIRAS, Janaina Helena de Freitas; KRELL, Olga Jubert Gouveia. Do Monismo Estatal ao Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo: Os movimentos de ocupação de entidades de ensino como novos sujeitos coletivos. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da Ufal**, v. 8, n. 1, 2017.

ARRUDA, Plínio. Introdução. In: LÊNIN, Vladimir. **O imperialismo, etapa superior do Capitalismo**. Campinas: Unicamp, 2011.

BARBOSA, Petrúcio Lopes (coord.). **Sociologia do direito:** Pluralismo jurídico, direito alternativo e administração da justiça: das bases teóricas aos problemas práticos. Maceió: Verbo Jurídico, 2013.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise.** Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Fortaleza: Pensar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2010.

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

BRASIL. **Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009.** 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 03 ago. 2023.

BRASIL. **Resolução nº 40 de 13 de outubro de 2020**. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/

participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/copy_of_Resolucao40.pdf. Acesso em: 03 ago. 2023.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. *In.:* WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo Jurídico:** Os novos caminhos da contemporaneidade**.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141-160.

CASADO FILHO, Petrúcio Lopes. **Sociologia do Direito. Pluralismo Jurídico, Direito Alternativo e Administração da Justiça:** das bases teóricas aos problemas práticos. Maceió: Verbo Jurídico, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram? **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2018.

DOWBOR, Ladislaw**. La era del capital improductivo**. Napoli: La Città del Sole, 2021.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano:** Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Fortaleza: Pensar, 2011.

LÊNIN, Vladimir. **O imperialismo, etapa superior do Capitalismo.** Campinas: Unicamp, 2011.

LIMA, Nathália Potiguara de Moraes. **Movimento Nacional da População em Situação de Rua do RN:** formação política. Dissertação (Mestrado em ???). Repositório da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

LIXA, Ivone Fernandes M.; WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina**. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

LÖWY, Michel. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. **Caderno CRH,** n.26, p. 67, 2013.

MOURA, Bruno Emanuel Tavares de. Da (I)legitimidade da cobrança de "Taxas" efetuada pelas milícias em comunidades carentes: uma análise sob a perspectiva da ciência social do direito. *In.:* KRELL, Olga Jubert Gouveia; BARBOSA, Ana Gabriela Soares Barbosa (orgs.). **Sociologia do Direito**: pluralismo jurídico, direito alternativo e administração da justiça: das bases teóricas aos problemas práticos. Aracaju: Verbo Jurídico, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a New Common Sense:** law, Science and politics in the paradigmatic transition. Nova Iorque: Routledge, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES Maria Paula Meneses (org.). **Epistemologias do Sul.** São Paulo: Cortez. 2014.

SANTOS, Milton. **Ensaios sobre a Urbanização Latino-americana**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.

SANTOS, Milton. **Pobreza Urbana.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2013.

TOJAL, Ana Lúcia Soares. **Movimento de População em Situação de Rua no Brasil:** um processo de ruptura da invisibilidade social e de

resistência contra hegemônica. Tese (Doutorado em Estudos Globais) - Universidade Aberta, Portugal, 2023.

WOLKMER, Antonio Carlos. Notas para pensar la descolonizacion del constitucionalismo em latioamérica. *In.:* ROSSI, Amélia Sampaio *et al.* **Constitucionalismo en clave descolonial.** Bogotá: Universidad Libre, 2022. p. 273-285.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In:* MORAES, Germana de Oliveira *et al.* **Para Além das Fronteiras:** O tratamento Jurídico das Águas na Unasul. Itajaí: Univali, 2012. p. 51-68.

16. O JURÍDICO É TAMBÉM POLÍTICO: A TEORIA GRADUALISTA DE HANS KELSEN E A PERSPECTIVA POLÍTICA DO CONTEÚDO DA DECISÃO JUDICIAL[1]

Plínio Régis Baima de Almeida

INTRODUÇÃO

O texto que aqui se apresenta foi parte do resultado auferido durante o meu desenvolvimento acadêmico no curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito Público desta Universidade Federal de Alagoas (PPGD/Ufal). Nele o(a) observador(a) mais atento(a), para além do debate entre o jurídico e o político da decisão judicial, consegue também identificar parte das influências do corpo docente desta IES na minha formação teórica, com especial destaque, nestas linhas, ao meu orientador durante esse itinerário, o Prof. Dr. Andreas J. Krell.

O debate sobre o poder político e a legitimidade do seu exercício sempre será objeto de interesse da filosofia política e da teoria constitucional. Afinal, o conflito parece ser determinante para a persecução do equilíbrio das forças sociais, com acentuado destaque para os estados contemporâneos de regime democrático, cujas tensões são fruto da heterogeneidade de interesses típica de um cenário social pluralista.

Esse cenário é de mais fácil compreensão quando se analisa um Estado de tradição liberal de separação de poderes como o nosso. É que o jogo hodierno de adequação e de harmonização no convívio político entre as três típicas funções estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) é reflexo, em semelhante medida, das mudanças de

1 Com algumas poucas variações, o texto deste artigo foi retirado da seguinte obra, fruto da minha dissertação de mestrado no PPGD da Ufal: ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. **Poder Judiciário e Política:** o dilema do constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

contingências e de prioridades de pautas de reivindicações, resultado da constante contenda dos atores sociais.

Esse debate não foi diferente na Alemanha do período entreguerras. A efervescência intelectual da época, muito em razão da instabilidade política e econômica gerada após a Primeira Guerra Mundial, agudizada posteriormente com a crise econômica mundial gerada pela quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, levou, no plano do debate constitucional, a intensas discussões a respeito de quem deveria dar a última palavra quanto à interpretação do texto constitucional.

A Constituição de Weimar de 1919 foi debatida por juristas reformistas e conservadores, que tentavam extrair do seu texto, a depender do olhar nele lançado, justificativas que fundamentaram a concepção política e ideológica defendida por cada um. Segundo Lima, a concepção dominante, diante da crise instalada, enxergava no político a viabilidade do Estado, traço que acabou por marcar também a discussão em torno do controle de constitucionalidade[2].

Nesse contexto de instabilidade político-social é que surge a contenda entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Esse debate, ainda hoje vigorante, alberga doutrina imprescindível para uma leitura atual da jurisdição constitucional.

Dada a sua importância, o presente artigo dedica-se inicialmente a analisar as duas versões contrapostas para a guarda da Constituição, através da análise de bibliografia nacional e estrangeira, com o objetivo de evidenciar a articulação argumentativa técnica, política e ideológica utilizada por esses juristas na defesa de seus intentos, e que serve para melhor entender o fenômeno ainda muito atual a respeito da legitimação das cortes constitucionais.

Em seguida, dedicar-se-á à análise da decisão judicial, com o intuito de aflorar a existência do político em seu conteúdo. Para isso, utilizar-se-á como referencial teórico a teoria do gradualismo de Hans

2 LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003. p. 203.

Kelsen como instrumento de medida do caráter jurídico e político de uma decisão.

O trabalho de investigação teórica se aperfeiçoa com a análise comparativa entre a teoria gradualista de Hans Kelsen e a relação do político dada por Andreas Krell à imprevisibilidade de vinculação da norma para definir ato discricionário e ato vinculado, conceitos afeitos à área do Direito Administrativo. Tanto para um quanto para o outro, pode-se chegar à conclusão de que a diferença experimentada entre Direito e Política não será qualitativa, mas tão somente *gradual-quantitativa*.

O CONSEQUENTE SEGUE A NATUREZA DO ANTECEDENTE: O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CARL SCHMITT

Carl Schmitt nasceu em 1888, na cidade alemã de Plettenberg. Nesse período, a era liberal de crença nas instituições e na humanidade já experimentava acentuado desgaste. De família católica fervorosa, conviveu com a onda de conflitos entre protestantes e católicos no início do século XX[3]. Obsessivo pela experiência, seu desenvolvimento teórico parece ser fruto de uma compreensão negativa da realidade social e política na qual se inseria. Nessa perspectiva, assume Carl Schmitt um realismo de matriz conservadora, enxergando a decadência do Estado Liberal e o perigo de um sistema pluralista para a unidade do Estado.

Carl Schmitt, assim como Hermann Heller e Rudolf Smend, foi um grande crítico do formalismo jurídico e da herança liberal ainda presente na República de Weimar.[4] É exatamente entre os anos de 1919 e 1933 que o jurista de Plettenberg vai escrever o mais

3 MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

4 Não se pode esquecer a crítica lançada por Mariano (2010, p. 40 et seq.) quanto à utilização dessas correntes do conhecimento por Schmitt, apesar de sua crítica teórica veemente. ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Formação e estrutura do Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 267.

significativo de sua obra, no qual se inserem *Teologia Política* (1922), *O Guardião da Constituição* (1931) e *Legalidade e Legitimidade* (1932). Diante da inexistência de uma sistematização de seu pensamento, é possível encontrar fragmentos importantes de temas que lhe são caros em diversas obras[5]. Assim, mesmo produzindo uma crítica específica a quem deveria ser o defensor último da Constituição em uma de suas obras, algo se extrai desse tema em outros escritos de sua produção.

No seu *O Guardião da Constituição* (*Der Hüter der Verfassung*), publicado inicialmente em forma de artigo em 1929, no periódico *Archiv des öffentlichen Rechsts*, Carl Schmitt dedicou-se inicialmente a criticar o Poder Judiciário como protetor da Constituição. Afirma o autor que a tentativa de ampliar os poderes da justiça, na busca por uma "solução austríaca" – aqui ignorando, de certa forma, a concreta existência da Corte Constitucional na Áustria há quase uma década –, muito se deu em razão de um contentamento com o formalismo abstrato predominante antes da Primeira Guerra Mundial[6].

As constituições da monarquia alemã, segundo o autor, não ignoraram a proteção à Constituição. Contudo, após a estabilidade política conquistada por Bismarck, a ideia de garantia da Constituição foi tacitamente desconsiderada, desconfiando-se do debate – que seria para ele eminentemente político – em torno de um "guardião"[7].

A necessidade de controle de constitucionalidade deu-se devido à desconfiança em torno do legislador[8]. Essa desconfiança no legislador e a solução apresentada de controle de constitucionalidade por um órgão de contornos judiciais em muito lembram, como já informado, a proposta de Sieyès e sua tentativa de implementar o *jury constitucionnaire* na França pós-revolucionária de 1795[9].

5 Idem, p. 270.

6 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 08.

7 Idem.

8 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. *In.:* BERCOVICI, Gilberto *et al.* (org.). **Teoria da Constituição:** estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b. p. 195.

9 Lauria e Neto lembram que o *jury constitutionnare* de Sieyès nunca chegou a ser implementado (2011, p. 69). BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da

O tribunal do *Reich* passou a ser considerado guardião da Constituição desde a decisão de 4 de novembro de 1925, através da qual se declarou apto a examinar a compatibilidade de leis ordinárias com a Constituição[10].

A tendência de considerar o Judiciário protetor da ordem constitucional, segundo Schmitt, é explicada em razão da influência da Suprema Corte estadunidense[11]. Não obstante, o modelo da *judicial review of legislation* norte-americano não poderia ser transportado para a Europa, porque revestido de características políticas, sociais e econômicas próprias[12]. No mais, lembra que a Suprema Corte, por anos, "[...] impediu e deteve leis de proteção aos trabalhadores e determinações sociopolíticas, até mesmo aquelas sobre o trabalho de mulheres e crianças, que nos eram naturais na Alemanha, ao tratá-las como anticonstitucionais"[13].

Carl Schmitt atribui o direito de exame judicial de compatibilidade de leis ordinárias à Constituição a um Estado judicial. Nesse modelo de Estado, a vida pública é subordinada aos tribunais, e os direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição representam apenas os direitos à liberdade e à propriedade, típicos do Estado liberal[14].

Já na década de 30 do século XX, ou seja, antes mesmo do pós-Segunda Guerra – apontado como termo inaugural da atual fase do pensamento jurídico em que há uma acentuada valorização do Judiciário e de sua criatividade enquanto intérprete –, Schmitt descreve o que para ele seria um "Estado jurisdicional". O juiz, nesse modelo, deteria o poder da última palavra, sem que lhe fosse necessário

---

teoria da Constituição. *In.:* BERCOVICI, Gilberto *et al.* (org.). **Teoria da Constituição***:* estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b. p. 185.

10 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 19.

11 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. *In.:* BERCOVICI, Gilberto *et al.* (org.). **Teoria da Constituição***:* estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b. p. 195.

12 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 20.

13 Idem, p. 22.

14 Idem, p. 22.

decidir com base em "normatizações gerais predeterminadas". Aparentemente não distinguindo norma e lei, ter-se-ia uma decisão judicial a par daquilo legitimamente fora previsto pelo legislador[15].

Ao analisar a decisão do tribunal do *Reich* de 4 de novembro de 1925, a qual declarou existir autorização para examinar a concordância de leis ordinárias do *Reich* com a Constituição, Schmitt manifesta-se favorável a uma espécie de "autoproteção dos tribunais", que serviria para defender a posição constitucional da Justiça em casos de abuso da autorização legislativa dada ao legislador. Admite que, nesse caso, estar-se-ia diante de uma guarda parcial da Constituição, haja vista tratar-se de um controle do Judiciário limitado à sua própria competência e posição na Constituição. Seria uma forma de salvaguardar a própria independência da justiça ante as intervenções anticonstitucionais dos demais poderes públicos[16].

A interpretação atribuída à referida decisão do tribunal do *Reich* foi excessiva. Segundo Carl Schmitt, os motivos que levaram a essa decisão apenas permitem o exame perante leis ordinárias do *Reich*, não se aplicando a emendas à Constituição, cujo procedimento foi estabelecido no artigo 76 da Constituição de Weimar[17].

Schmitt admite ainda certa liberdade e margem de ação do juiz diante de conceitos jurídicos gerais e indeterminados. Esse reconhecimento não se daria apenas na esfera do direito privado, mas também no direito público, "[...] principalmente em questões de direito administrativo e até mesmo de direito penal [...]"[18]. No entanto, a indeterminação das normas é exceção, devendo a decisão judicial ter como base normas mensuráveis e determináveis, o que, segundo o autor, seria a vinculação a esse tipo de norma "[...] o pressuposto e a condição de toda independência judicial"[19].

15 SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b. p. 4.

16 Idem, p. 25-26.

17 Idem, p. 24-25.

18 Idem, p. 29.

19 Idem, p. 29.

O Poder Judiciário, para Carl Schmitt, deve estar materialmente vinculado à lei. A sentença judicial não pode ser resultado de uma atividade criativa do juiz, devendo retratar a subsunção do fato à norma[20]. A vinculação à lei não revelaria apenas um limite à atuação do magistrado, mas também serviria como fundamento de sua liberdade decisória. "Por isso, o problema do movimento do livre direito e da magistratura 'criadora' é, em primeiro lugar, um problema constitucional"[21].

O fato de o juiz antepor sua vinculação à Constituição a uma lei ordinária não significa que ele se torna, em razão disso, guardião da Constituição. Nessa perspectiva, adverte Carl Schmitt, qualquer departamento público ou qualquer cidadão poderia reivindicar a qualidade de guardião. Aqui Schmitt deixa claro tratar-se tão somente da observância do princípio geral da legalidade, e o que se denominaria de proteção à Constituição, apenas o exercício de "[...] um direito geral à insubordinação e, por fim, à resistência passiva ou ativa, o qual se denominou também de 'direito de emergência revolucionário'"[22].

A função de um guardião da Constituição vem a substituir esse direito geral de insubordinação e de resistência, com ele não se confundindo. Dessa forma, não seriam guardiões da Constituição aqueles que ocasionalmente deixariam de aplicar uma norma inconstitucional, como é o caso das decisões proferidas pelos juízes.

A procura do guardião da Constituição na esfera da Justiça dar-se-ia, segundo Schmitt, por um equívoco da ideia de Estado de Direito, ao qual se atribuiu uma compreensão abstrata e formal. Na visão do autor[23], a "[...] resolução judicial de todas as questões políticas como ideal do Estado de Direito [...]" traria prejuízo para a ação do próprio Judiciário, com consequente politização da justiça[24]. Não se

20 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. *In.:* BERCOVICI, Gilberto *et al.* (org.). **Teoria da Constituição***:* estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b. p. 195.

21 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 29.

22 Idem, p. 31.

23 Idem, p. 33.

24 Nesse sentido, reporta-se Bercovici (2003b, p. 196).

pode deixar de notar aqui que essa preocupação de Carl Schmitt já nas décadas de 20 e 30 é provavelmente hoje objeto central de debate entre os constitucionalistas, muito em decorrência da posição de centralidade que vem ocupando o Judiciário em torno da interpretação constitucional[25].

Afastando-se a ideia de Estado de Direito abstrato, Schmitt aponta outra razão que fundamenta o interesse na nomeação de um tribunal como guardião da Constituição. Relata que, de início, no século XIX, o risco provinha do Executivo, e que na primeira metade do século XX (quando Schmitt se debruçou sobre o tema) a preocupação já era dirigida à atuação do legislador. Vale antecipar que essa desconfiança no Estado parlamentar daquele período servirá como um dos fundamentos de sua escolha a respeito de quem deve ser o guardião da Constituição.

Em razão desse receio com o parlamento, muitas questões e muitos interesses, antes objetos da legislação ordinária, foram tutelados no âmbito constitucional, a fim de evitar mudanças repentinas na medida em que se alternavam as maiorias parlamentares. "Essa 'ancoragem' da norma constitucional deve proteger determinados interesses, especialmente interesses minoritários contra a respectiva maioria"[26]. Schmitt vê nessa mudança de função da Constituição uma tendência contrária ao princípio majoritário democrático.

A mudança de mentalidade acabou por promover igual mudança na concepção de guardião da Constituição. Se no século XIX o Legislativo era a figura escolhida para o papel de guardião, muito em razão da dúvida que repousava sobre o Executivo, agora, em razão do risco para a Constituição, contra ele emergiu a necessidade de proteção.

A luta constitucional operou-se secularmente contra o poder exercido onipotentemente pelo Executivo, ao passo que o Legislativo, com suas alternâncias majoritárias, não mais inspirava confiança.

25 Diversos são os autores que se debruçam sobre o tema, alguns deles já devidamente registrados neste trabalho.

26 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 37.

A escolha do Judiciário para guardião da Constituição deu-se, para Schmitt, quase como uma ordem de exclusão, e à inevitável exigência, sob a perspectiva da teoria liberal da separação de poderes, de um tribunal soberano[27].

Em 18 de julho de 1930, o presidente do *Reich* dissolveu o parlamento alemão (*Reichstag*), com fundamento no artigo 25 da Constituição de Weimar, que permitia o ato extremo uma única vez pelo mesmo motivo. A razão política emprestada à ação do presidente adveio da decisão do parlamento de tornar sem efeito os decretos presidenciais de 16 de julho do mesmo ano, com base no que discorria o § 3º do artigo 48.

A ação do presidente do *Reich* foi alvo de intenso debate quanto à sua constitucionalidade. Schmitt utiliza-se desse fato para criticar a eventual existência de um tribunal constitucional a dirimir esse conflito, vendo com severa desconfiança a possibilidade de a maioria e as minorias parlamentares para ele apelarem, pois funcionaria como uma espécie de instância política com aparência de Judiciário[28].

Uma das críticas que Schmitt repete é a de que a decisão judicial só pode ser proferida *post eventum*[29]. Acredita ele que decisões antecipadas seriam medidas políticas que tornariam o tribunal politicamente ativo. Dessa forma, "[...] sua independência judicial não poderá mais protegê-lo da responsabilidade política, se ainda tiver de existir, afinal de contas, uma responsabilidade política"[30].

A contradição entre Direito e Política redunda na diferenciação, por ele constantemente reforçada, entre lei e sentença judicial[31]. Para Carl Schmitt, a decisão política é assunto do legislador, limitando-se

27 Idem, p. 38.

28 Idem, p. 45-46.

29 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. *In.:* BERCOVICI, Gilberto *et al.* (org.). **Teoria da Constituição***:* estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b. p. 195.

30 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 47.

31 LAURIA, Carlos Romero; NETO, Paulo. **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo: Método, 2011. p. 73.

o Judiciário a sentenciar com base no que dispõe a lei. Nesse sentido, afirma:

> No Estado de Direito, existe justiça somente como sentença judicial *com base* em uma lei. A fórmula "com base em uma lei", empregada de maneira típica por todas as constituições alemãs desde o século XIX, é de importância primordial para a organização do Estado de Direito civil. [...] Também é resultado dessa fórmula que se deve diferenciar entre lei e sentença judicial e, consequentemente, também entre legislador e juiz. [...] Uma lei não é sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei, e, sim, decisão de um "caso" com "base em uma lei"[32] .

Segundo Schmitt, a posição do magistrado no Estado de Direito, como figura independente, deve-se ao fato de que sua decisão é derivada de outra decisão[33]– essa sim, política – contida na lei. Dessa forma, ultrapassaria o território objetivo da justiça a aceitação de uma interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário, não podendo este, portanto, estar acima do legislador[34].

A resistência de Carl Schmitt a um controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário e a uma interpretação criativa do juiz muito se deve, como atenta Bercovici[35], ao conceito de Constituição por ele adotado. Segundo Schmitt, a validade de uma Constituição advém da vontade de um poder constituinte existente enquanto força ou autoridade[36].

32 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 56.

33 LAURIA, Carlos Romero; NETO, Paulo. **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo: Método, 2011. p. 73.

34 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. *In.* BERCOVICI, Gilberto *et al.* (org.). **Teoria da Constituição***:* estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b. p. 195.

35 Idem, p. 196.

36 SCHMITT, Carl. ***Teoría de la Constitución***. Madri: Alianza Editorial, 1996. p. 46.

Carl Schmitt prioriza o universo do decisionismo político na construção de sua teoria constitucional. Nessa perspectiva, enxerga o político incondicional na formulação da Constituição, por meio da decisão do poder constituinte que se forma a partir do enfrentamento amigo/inimigo. Com o fim da disputa amigo/inimigo, que representa momento de instabilidade e de insegurança político-social, é estabelecido um pacto social e, por conseguinte, uma unidade política. Definidas as prioridades enquanto decisão política fundamental, só então o poder constituinte forja, sob a realidade política concreta, uma nova Constituição. Para Carl Schmitt, portanto, uma nova Constituição não funda um novo Estado.

No sentido positivo, a Constituição surge por um ato do poder constituinte, e este ato representa a totalidade da unidade política. A Constituição, então, não faz nascer a unidade política; é, na verdade, extrato consciente da realidade concreta sobre a qual se decide a unidade política. Segundo Schmitt, "tal Constituição é uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota para si mesma e se dá a si mesma"[37].

A Constituição é, portanto, resultado de uma decisão política fundamental[38]. Como ressalta Schmitt, "no fundo de toda norma reside uma decisão política do titular do poder constituinte, é dizer, o Povo na Democracia e o Monarca na Monarquia autêntica"[39]. A ordem jurídica adviria dessa decisão política, devendo refletir as escolhas do poder constituinte. Dessa forma, afasta a tese da validade da Constituição enquanto norma jurídica fundamental, haja vista existir sempre uma decisão política anterior e que define a ordem jurídica estatal[40].

37 Original: "tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma".

38 FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do poder constituinte:** visão clássica, visão moderna e visão contemporânea. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 30.

39 Original: "*En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica".* SCHMITT, Carl. ***Teoría de la Constitución***. Madri: Alianza Editorial, 1996. p. 47.

40 "*Quien dice que la Constitución vale como norma fundamental (no como voluntad positiva), afirma con ello que es capaz de portar, en virtud de ciertas cualidades de contenido,*

Nesse sentido é que entende Carl Schmitt pela inviabilidade do controle judicial de constitucionalidade no Estado de Direito. Tendo o conteúdo da norma constitucional uma decisão de natureza política, não poderia o Judiciário, um poder não político[41] segundo Schmitt, interpretar o texto constitucional, sob pena de ultrapassar a vontade do poder constituinte.

A decisão judicial deve se restringir à subsunção do fato à lei, porque esta contém a decisão política do constituinte. Sendo o Judiciário para Carl Schmitt um poder não político, não poderia ele atuar na esfera política de decisão, *v.g.,* interpretando a Constituição, porque equivocadamente introduziria o político em decisão de natureza jurídica, transferindo para o Judiciário uma atribuição concernente apenas ao poder constituinte.

Vale lembrar que Carl Schmitt não diferencia poder constituinte originário de poder constituinte derivado. Assim, a vontade política do constituinte, porque poder permanente, permanece mesmo diante da elaboração da Constituição (Freitas, 2010, p. 30-31); a interpretação dessa Constituição pelo Judiciário resultaria em uma politização da justiça, só tolerada em um Estado judicial.

Diante da desconfiança que detinha sobre o parlamento, aliada à exclusão do Judiciário – por se tratar este de poder não político, incapaz, por isso, de atuar na esfera política de interpretação constitucional –, é que Carl Schmitt enveredará na defesa da teoria do poder neutro (*neutre et intermédiaire*), um poder além da divisão tripartite liberal

lógicas, morales u otras, un sistema cerrado de preceptos justos. Decir que una Constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma un sistema o una ordenación de puras normas, es una confusión llena de contradicciones". Idem, p. 35.

41 Em *Legalidade e legitimidade*, Carl Schmitt reafirma a natureza não política do Judiciário ao tratar do que ele denominou de "Estado jurisdicional": "Em tempos de concepções jurídicas estáveis e de posse consolidada, o Estado jurisdicional predominará e as últimas decisões serão tomadas por uma Justiça separada do Estado, na qualidade de guardiã e protetora do Direito distinguido pelo Estado, um Direito que ao Estado precede e que lhe é superior. Aliás, em uma coletividade dessa natureza, dificilmente se poderá falar de um 'Estado', pois, no lugar de uma unidade política, teria surgido uma simples comunidade jurídica, de cunho não político, pelo menos conforme a ficção". (Schmitt, 2007a, p. 6).

dos poderes, e que exerça a função de coordenação desses poderes constitucionais. Teria como tarefa, portanto, "[...] assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição"[42]. Assume textualmente o autor alemão a teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur* de Benjamin Constant[43], citando de forma positiva inclusive a experiência brasileira do Poder Moderador, previsto no artigo 98 da Constituição de 1824[44].

O artigo 48 da Constituição de Weimar, segundo Schmitt, seria contraditório e absurdo não fosse ele compreendido por intermédio da teoria do *pouvoir neutre*[45]. Ele atribui ao presidente do *Reich* este poder neutro.

A neutralidade do presidente do *Reich* adviria de sua relação direta com a totalidade estatal, já que sendo eleito pela totalidade do povo alemão, independeria do Parlamento e seria dotado de poderes especiais contidos no referido artigo 48[46], que lhe conferiria a possibilidade de tomada de decisões em casos excepcionais[47]. Schmitt ainda cita o artigo 42, que trata do juramento do presidente do *Reich*, no qual ele se comprometeria a defender a Constituição.

---

42 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 193.

43 Idem, p. 194.

44 O constituinte de 1824 destinou capítulo específico sobre o Poder Moderador no título destinado ao Imperador. Nesse capítulo, além de assumir expressamente a teoria da irresponsabilidade do Imperador, afirma tratar-se o Poder Moderador da chave de toda a organização política brasileira, como se pode verificar: "art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegada privativamente ao imperador, como chefe supremo da Nação, e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos; art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma". NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras:** 1824. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 92.

45 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 201.

46 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. *In.:* BERCOVICI, Gilberto *et al.* (org.). **Teoria da Constituição***:* estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b. p. 197.

47 LAURIA, Carlos Romero; NETO, Paulo. **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo: Método, 2011. p. 74.

Sendo a Constituição de Weimar resultado de uma decisão política do detentor do poder constituinte, ou seja, do povo alemão unitário, Carl Schmitt afirma que a eleição do presidente do *Reich* pela totalidade do povo e o poder a ele atribuído de dissolver o parlamento e convocar plebiscito conferiam-lhe posição central, um ponto de equilíbrio para o pluralismo social e econômico.

A constituição de Weimar, conclui Schmitt, deu autoridade ao presidente do *Reich* para agir "[...] como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão"[48].

O GRADUALISMO DE HANS KELSEN E A NATUREZA (TAMBÉM) POLÍTICA DA DECISÃO JUDICIAL

O artigo de Carl Schmitt a respeito do guardião da Constituição logo receberia críticas, obtendo de Hans Kelsen resposta à altura no *ensaio Wer sol der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?), publicado no periódico *Die Justiz* (1930-31), no que viria a ser um dos principais debates a respeito do papel da jurisdição constitucional.

Importante consignar, *en passant*, que pouco a doutrina nacional se ateve à visão do político em Hans Kelsen, limitando à curiosidade, às vezes superficial, à sua *Teoria pura do direito* (*Reine Rechtslehre*). Não obstante, como bem adverte Lima, o conjunto da obra do jurista austríaco é revelador quanto à importância da teoria política para o desenvolvimento do constitucionalismo, bem como quanto à posição do componente político para a aplicação das constituições[49].

Hans Kelsen inicia seu ensaio reforçando o postulado de que o controle do comportamento dos poderes constituídos ante a matriz constitucional revela-se princípio específico do Estado de Direito

48 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 234.

49 LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, p. 205-206, jan./jun. 2003.

(princípio da máxima legalidade da função estatal)[50]. Ressalta a função política da Constituição, que, segundo ele, consistiria em estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder, o que deixa transparecer, de antemão, que esses limites devem servir de parâmetro e de obstáculo à atividade de todos os poderes estatais, quando do exercício de suas funções, sem exceção.

A contradição apontada por Carl Schmitt entre função jurisdicional e função política, e que foi por ele utilizada como principal fundamento do seu argumento em desfavor de uma jurisdição constitucional, é refutada por Hans Kelsen.

Para Schmitt, como já informado, a decisão sobre a constitucionalidade de leis seria um ato essencialmente político, por partir da interpretação da Constituição – de natureza política –, cujo extrato alberga a vontade política fundamental do poder constituinte. Dessa forma, incorreria em paradoxo a cessão dessa função à atividade própria da jurisdição, de natureza não política, acarretando a inadequada politização da justiça.

Hans Kelsen, considerando o termo "política" polissêmico e mal utilizado, atribui-lhe, interpretando-o na perspectiva lançada por Carl Schmitt, o sentido de "exercício de poder", para contrapô-lo à "jurisdição", que seria um "exercício do direito". Tendo-se a ideia de política como exercício do poder, é falsa a premissa de que esse exercício se encerra no processo legislativo de feitura das leis[51].

O juiz, assim como o legislador, é também sujeito de poder, não se resumindo sua atividade na aplicação autômata de leis. Para Hans Kelsen, o político se insere em toda resolução de conflito de interesses, pelo fato de existir em toda decisão judicial um elemento decisório que lhe é próprio; um exercício de poder, portanto[52]. "Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder e, portanto, toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política [...]"[53].

50 Idem, p. 239.
51 Idem, p. 250.
52 Idem, p. 251.
53 Idem, p. 252.

Incute-se na decisão judicial, desse modo, não apenas uma continuidade do exercício do poder experimentado inicialmente pelo legislador, como também um elemento decisório na sentença judiciária, que equivale, em menor ou em maior grau, ao elemento decisório advindo do exercício do poder pelo Legislativo.

A margem de discricionariedade ou de "generalidade" conferida às leis pelo legislador é a medida do caráter político da jurisdição. Segundo Kelsen, o mesmo raciocínio segue o debate a respeito da feitura das normas, cabendo tanto à legislação quanto à jurisdição a criação produtiva do direito[54]:

> Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter 'político' que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa (grifo nosso).

Mesmo que pouca discricionariedade sobre ao juiz para decidir com base na lei pertinente ao caso concreto, ainda assim lhe sobra uma margem autônoma de decisão. O exercício desse poder é, para Kelsen, ato político, em nada se diferenciando qualitativamente do exercício do poder pelo legislador. A diferença entre o político do legislador e do juiz no exercício de suas atribuições enquanto criação produtiva do direito dá-se, portanto, em termos quantitativos, e nunca qualitativos[55].

54 Idem, p. 251.

55 Noutro momento, Hans Kelsen reforça a ideia de que a atividade jurisdicional é também política: "[...] em função de o elemento da *decisão* não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter *político*". KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 259.

Essa igualização entre lei e sentença na esfera do político sob o aspecto qualitativo já não guardava ineditismo à época da publicação de *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, nem mesmo para o jurista austríaco. É que Hans Kelsen já havia introduzido esse entendimento em sua teoria do gradualismo[56] ou de hierarquia das normas (*Hierarchie der Normen*), que logo comporia a sua mais autêntica e mais conhecida obra, *Teoria Pura do Direito*[57] [58].

Com o escopo de dar cientificidade ao direito, Hans Kelsen formula uma teoria na qual a linguagem ideal apropriada à finalidade pretendida ver-se-ia apartada de valorações. Com isso, por exemplo, política, história, sociologia e cultura estariam fora da apreciação da ciência do direito. Parte, portanto, de uma diferenciação lógica entre ser (proposição fática) e dever-ser (norma), colocados esses mundos em uma posição de total incomunicabilidade, na qual não se pode deduzir um a partir do outro, o que veio a ser conhecido como "doutrina do abismo"[59].

Renegando o poder constituinte – porque poder de fato, metajurídico, e não de direito – enquanto fundamento de validade do sistema jurídico, Hans Kelsen concebe em sua teoria a norma hipotética fundamental (NHP) como "[...] ponto de partida de todo o ordenamento jurídico e também aquilo que lhe confere unidade e validade"[60]. Por se tratar de uma hipótese, de um pressuposto de validade, a norma hipotética fundamental, posicionada no ápice da pirâmide normativa, encarna a validade das demais normas que

56 KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In:* AUTORIA (org.). **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 260-261.

57 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 139.

58 "Quem deve ser o guardião da Constituição?" (*Wer sol der Hüter der Verfassung sein?*) foi publicano no periódico *Die Justiz*, na edição de 1930-31, enquanto a obra "Teoria pura do direito" (*Reine Rechtslehre*) foi escrita logo após, no ano de 1934.

59 BESSA, Leandro Sousa. A dicotomia ser/dever no pensamento de Hans Kelsen. *In:* VASCONCELOS, Arnaldo (coord.); ARAGÃO, Nilsiton R. A.; VIANA, Renata N. (org.). **Temas de epistemologia jurídica**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009. p. 231.

60 FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do poder constituinte:** visão clássica, visão moderna e visão contemporânea. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 28.

compõem a ordem jurídica, com a disposição de todas essas normas em uma espécie de escalonamento ou de hierarquia.

Mesmo reconhecendo o direito apenas como direito positivo[61], a norma hipotética fundamental proposta por Hans Kelsen, e que servirá como fundamento de validade das outras normas, é uma norma pressuposta. Como norma pressuposta, ela é a fonte e o início de toda a criação do direito positivo. A aceitação dessa norma, de perspectiva metafísica – já que o próprio Kelsen não se atém a explicar a sua origem –, é de elevada importância para a compreensão de sua teoria, principalmente quanto à seriação gradativa das normas que mantém a unidade do ordenamento jurídico[62] [63]. Posicionada no topo, a norma hipotética fundamental determina a criação da Constituição. A aplicação desta, por sua vez, realiza a produção das normas gerais (legislação e costume). Seguindo-se o modelo escalonado, a aplicação das normas gerais gera normas individuais, ou por meio de decisões judiciais ou através de resoluções administrativas[64].

Neste raciocínio, o ato que aplica norma superior (norma jurídica preexistente ao ato) acaba por criar norma inferior, o que justifica o modelo normativo piramidal kelseniano. "Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente"[65].

---

61 "A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial". KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

62 Idem, p. 155.

63 SOARES, Evanna. Validade e valor da norma jurídica em Hans Kelsen e Carlos Cossio. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Teoria do direito em debate:** Estudos em homenagem ao Professor Arnaldo Vasconcelos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 156.

64 "Há, no entanto, atos que apenas são aplicação do Direito e não criação jurídica: são os já mencionados atos através dos quais os atos de coerção estatuídos pelas normas jurídicas são executados. E há um ato de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta, mas apenas pressuposta". KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 165.

65 Idem, p. 165.

Importa para a presente análise a noção de que, para Hans Kelsen, a produção de normas jurídicas se dá tanto por via legislativa quanto através da atividade jurisdicional. Dessa forma, sob o aspecto de criação produtiva do direito, a atividade do legislador e a atividade do juiz possuiriam a mesma natureza (qualidade), diferenciando-se apenas quanto ao grau de generalidade da norma (quantitativo).

A decisão judicial, enquanto produtora de norma individual, não se limita a apenas descobrir e declarar um direito já existente. Sua atividade criadora revela uma margem constitutiva na qual o juiz acresce à norma geral de uma ordem jurídica por ele aplicada no caso concreto um elemento decisório não extraído da legislação.

Preenchida a "moldura" da norma geral[66], cabe ao juiz a produção da norma individual por meio da interpretação[67]. É ele quem irá escolher entre as possibilidades apresentadas "nos quadros do Direito", mas essa tarefa, segundo Hans Kelsen, não é objeto da teoria do Direito, estando mais bem relacionada a um problema da política do Direito[68].

Cuidando de uma teoria que se fizesse "pura", que promovesse a adequada cientificidade ao Direito, Hans Kelsen descuida quanto à interpretação lançada pelo intérprete autêntico, ou seja, aquele que cria Direito; conceito no qual se insere a figura do juiz. Para Kelsen, "... a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato"[69].

Resgatando-se o que disse Hans Kelsen em seu ensaio *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, pode-se chegar à mesma conclusão quanto à natureza também política da sentença. É que a livre

66 Para Eros Grau, a moldura da norma é, ao mesmo tempo, moldura do texto legal e moldura da realidade, já que a realidade compõe a norma tanto quanto o texto (2013, p. 16).

67 Vale consignar que, segundo Hans Kelsen, o Judiciário também pode ser produtor de norma jurídica geral, a exemplo do chamado precedente judicial. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 174.

68 Idem, p. 249.

69 Idem, p. 249.

apreciação do magistrado diante da margem de discricionariedade incutida nas normas gerais, estabelecendo, por meio de um ato decisório, a produção de uma norma individual, revela o caráter político da jurisdição.

Esse sentido é também atribuído por Krell ao analisar a natureza da decisão judicial na defesa dos interesses difusos. Segundo o autor, o caráter principiológico da norma ou o uso de conceitos vagos permite maior espaço de valoração por parte do intérprete, e a escolha por ele realizada entre as opções possíveis determina a natureza política da decisão[70]. O político relacionar-se-ia, portanto, a uma imprevisibilidade de vinculação da norma, possibilitando ao intérprete maior liberdade na escolha de uma opção que melhor sirva à resolução de um caso concreto.

Os caracteres político e jurídico da decisão, no entanto, não podem ser colocados em posições opostas. A diferença entre Direito e Política não será qualitativa, mas tão somente "gradual-quantitativa", a depender do grau de predeterminação da sentença diante do texto legal e do nível de indeterminação dos conceitos jurídicos ou do espaço de discricionariedade concedido pelo legislador ao intérprete. Para Krell, "... o discurso jurídico visa mais ao controle do que à criação e tende a dar maior valor à tradição do que à inovação, a qual é característica do discurso político"[71].

O mesmo gradualismo é, *mutatis mutandis*, empregado por Andreas Krell para, afastando-se da definição usual, definir os conceitos de ato discricionário e ato vinculado, próprios da área de Direito Administrativo. Assim como a diferença do político entre jurisdição (decisão judicial) e legislação (lei) apontada por Hans Kelsen, o vinculado e o discricionário de Krell distinguem-se

70 KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados:** limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 139.

71 Idem, p. 140.

quantitativamente, e não sob o aspecto qualitativo, a depender do grau de liberdade atribuído aos agentes administrativos pelo legislador[72].

O ato administrativo aproxima-se da plena vinculação quanto maior a predeterminação no texto legal, a exemplo do uso de conceitos "determinados" ou objetivos. Por outro lado, será o ato administrativo mais próximo da plena discricionariedade quanto maior for a liberdade atribuída pelo legislador ao agente administrativo, e essa liberdade exsurge, *v.g.,* do uso de conceitos fluidos[73], de conceitos indeterminados e de conceitos normativos valorativos, como é o caso de "interesse público" e "bons costumes". Por isso, conclui Krell, "[...] é mais adequado falar de um escalonamento desses atos que abrange o espaço entre um *mínimo* de poder discricionário e um nível *máximo* de espaço de decisão administrativa autônoma"[74].

O exercício de poder, de natureza decisória, que caracteriza o político em *Quem deve ser o guardião da Constituição*?, de Kelsen, identifica-se, portanto, com a "livre apreciação para a produção do ato jurídico" (problema que atribui à política do Direito) da sua *Teoria Pura do Direito* e com a discricionariedade do ato administrativo apontada por Krell. A jurisdição, enquanto "exercício do direito", por outro lado, estaria para a "moldura da norma geral" kelseniana, assim como para o conceito de ato vinculado de Krell.

A proximidade das teorias de Andreas Krell e Hans Kelsen é plenamente justificável: os dois juristas procuram fundamentar o grau de liberdade criativa respectivamente dos poderes Executivo e Judiciário diante da predeterminação do texto legislativo. Dessa forma, a natureza política desses poderes no exercício de suas funções constitucionais está diretamente relacionada ao nível de discricionariedade (ou de liberdade) contido no texto legal.

CONCLUSÃO

72 Idem, p. 21.

73 Celso de Mello lembra que, mesmo fluidos, vagos ou indeterminados, esses conceitos possuem uma densidade mínima (2003, p. 28).

74 Idem, p. 22.

Diante do que foi exposto, pode-se inicialmente extrair as seguintes conclusões a respeito do entendimento de Hans Kelsen sobre a natureza da decisão judicial, em especial da decisão que contenha conteúdo constitucional, já que a construção de seu pensamento aqui abordado é uma resposta a Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição:

a) Hans Kelsen parte do conceito de político como exercício de poder;

b) O exercício desse poder resulta na produção do direito;

c) O direito é produzido pelo legislador, mas também é produzido pelo juiz, haja vista ser este autorizado pela Constituição a decidir conflitos, observados alguns limites por ela determinados;

d) Verifica-se, portanto, não só uma continuidade do exercício do poder na produção de direito pelo legislador na atividade judicante, mas também um elemento decisório autônomo na sentença judiciária;

e) Essa margem decisória atribuída pelo legislador ao juiz confere-lhe, portanto, o exercício de poder que resulta na produção do direito;

f) Sendo o político, para Hans Kelsen, exercício de poder, o político na decisão do juiz será tanto maior quanto maior for sua margem autônoma de decisão;

g) Essa "margem de decisão" é diretamente proporcional ao nível de discricionariedade conferida às leis pelo legislador, conferindo ao juiz o dever de conciliar essa generalidade à contingência advinda de um caso concreto;

h) Sendo o político exercício de poder que resulta na produção do direito, tanto a lei quanto a sentença deteriam (também) caráter político, diferenciando-se apenas em termos quantitativos, e nunca qualitativos.

A intenção de Hans Kelsen em dar cientificidade ao direito através de sua teoria pura afastou-o, contudo, da preocupação – hoje bastante evidente – quanto à ação do intérprete e ao resultado por ele auferido. Para o justeórico, a escolha "correta" entre as possibilidades que se apresentam em cada caso concreto não é tarefa dirigida ao

Direito positivo, mas sim, como já relatado, um problema a ser enfrentado pela política do Direito. "Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo"[75].

Mesmo desconsiderando a ação do intérprete como objeto do Direito positivo, Hans Kelsen não nega a sua importância enquanto exercício político de construção da norma. Carl Schmitt, da mesma forma, não se afasta da conclusão de que a interpretação da Constituição é uma atividade política, embora, exatamente por isso, desacredite essa tarefa ao Judiciário, por considerá-lo um poder não político.

O político indicado por Carl Schmitt deriva da essência da própria Constituição, que é resultado de uma decisão consciente do titular do poder constituinte que contém a totalidade da unidade política[76]. A Constituição, no seu sentido positivo, é, portanto, resultado de uma decisão política, e dessa natureza política é constituída, contaminando com a mesma essência a interpretação sobre ela lançada.

Kelsen, acusado por Schmitt de tentar "[...] resolver o problema do conceito de soberania negando-o"[77], exclui do jurídico de sua teoria pura não só os fatos pré-constitucionais como também a atividade de interpretação, por considerá-los, cada um à sua medida, temas de interesse da política. Acentua, contudo, como acima abordado, o gradualismo do político e do jurídico na decisão judicial, sendo o político maior quanto mais acentuada for a generalidade das leis concebida pelo legislador.

Partindo de pontos de vista distintos, Schmitt e Kelsen convergem quanto à natureza política da interpretação constitucional: o primeiro,

75 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 249.

76 SCHMITT, Carl. ***Teoría de la Constitución***. Madri: Alianza Editorial, 1996. p. 45-46.

77 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 21.

por considerar a Constituição política, fruto de uma decisão política fundamental do constituinte, cuja interpretação revelaria a mesma natureza do objeto interpretado; já Kelsen, mesmo lançando um olhar jurídico-normativo à Constituição, ao considerá-la norma a compor a escala piramidal da ordem jurídica, desvia-se de sua interpretação enquanto preocupação jurídica, atribuindo a tarefa à política do Direito.

Vale lembrar que, mesmo atual, esse debate ocorreu antes da Segunda Guerra Mundial, ao fim da qual se estabeleceu o termo inicial do neoconstitucionalismo[78]. Nesse período, ainda não imperava a interpretação moral da Constituição, em que o discurso moral por vezes se sobrepõe ao discurso jurídico[79]; característica cada vez mais marcante da atual fase do constitucionalismo.

Há, contudo, que se registrar a importância desse debate, pois dele se poder denotar que essa preocupação com o político, a partir da livre apreciação do intérprete, é ainda mais aguda em tempos de valoração moral do Direito; e que mesmo a aparente previsibilidade de uma predeterminação do texto constitucional pode sofrer flexibilização inoportuna, em virtude da mutabilidade e da vulnerabilidade do discurso moral em uma decisão na qual o intérprete não prezou por uma vinculação metodológica na apuração de seu resultado, convertendo-se o Judiciário, porque expressão da vontade de seus membros, em um *produtor de insegurança*.

78 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In:* FELLET, André L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 73-113. p. 76.

79 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 68.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Formação e estrutura do Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. *In.:* BERCOVICI, Gilberto *et al.* (org.). **Teoria da Constituição***:* estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b, p. 75-150.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional,** n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003a.

BESSA, Leandro Sousa. A dicotomia ser/dever no pensamento de Hans Kelsen. In: VASCONCELOS, Arnaldo (coord.); ARAGÃO, Nilsiton R. A.; VIANA, Renata N. (org.). **Temas de epistemologia jurídica**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do poder constituinte:** visão clássica, visão moderna e visão contemporânea. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2013.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In:* KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 237-298.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados:** limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LAURIA, Carlos Romero; NETO, Paulo. **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo: Método, 2011.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e Poder Judiciário:** neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** São Paulo: Malheiros, 2003.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras:** 1824. Brasília: Senado Federal, 2001.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In.:* FELLET, André L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 73-113.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.

SCHMITT, Carl. ***Teoría de la Constitución***. Madri: Alianza Editorial, 1996.

SOARES, Evanna. Validade e valor da norma jurídica em Hans Kelsen e Carlos Cossio. *In.:* MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Teoria do direito em debate:** Estudos em homenagem ao Professor Arnaldo Vasconcelos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 155-170. p. 155-170.

17. A GARANTIA DO DIREITO À MORADIA DIANTE DA SEGREGAÇÃO SOCIOURBANA: ANÁLISE DA COMUNIDADE DO DIQUE ESTRADA, LOCALIZADA ÀS MARGENS DA LAGUNA MUNDAÚ

Camila Raphaelle de Farias Souza

INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem como objetivo analisar o conflito sociourbano existente na comunidade do Dique Estrada, localizada na periferia da capital alagoana, às margens da Laguna Mundaú, acerca das violações dos diversos Direitos Fundamentais, notadamente do direito à moradia, com especial severidade e desigualdade nas populações marginalizadas.

A violação aos Direitos Fundamentais é analisada como forma de segregação que atinge populações em vulnerabilidade social, assim como é o caso da comunidade do Dique Estrada, por compor uma comunidade tradicional pesqueira e periférica, que sobrevive da pesca e da atividade da mariscagem na laguna Mundaú. Para Milton Santos[1], a distribuição dos homens é realizada de modo desigual no espaço, os bens e serviços são distribuídos conforme a hierarquia urbana, na qual depende do lugar socioeconômico e do lugar geográfico na cidade.

Por meio da pesquisa empírica e qualitativa com revisão bibliográfica, o presente estudo consistirá na seguinte divisão: o tópico 1, será abordada a descrição da comunidade pesquisada, demonstrando o processo de segregação e dos assentamentos sub-humanos às margens da laguna Mundaú, constatando a violação dos Direitos Fundamentais, em especial do direito à moradia, bem como será descrito no subtópico 1.1 o histórico das políticas habitacionais da comunidade e a nova política habitacional implementada; o

1 SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007. p. 11.

tópico 2, demonstrará que as violações existentes na comunidade vão além do direito à moradia adequada, tratando-se do próprio direito à cidade, trazendo os aspectos de desorganização social como parte inerente das relações capitalistas; o tópico 3, apontará a previsão legal do direito fundamental social à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, como a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor de Maceió; e, por último, o tópico 4, abordará acerca da dignidade da pessoa humana como princípio vetor para garantir os direitos fundamentais, em especial o da moradia.

Este capítulo visa contribuir com futuros estudos a serem desenvolvidos, expandindo o tema proposto e servindo como fonte de pesquisa para demais trabalhos acerca do tema abordado, sendo de valor acadêmico fundamental, agregando aos estudos sobre o Direito Fundamental à Moradia, desigualdade urbana e ocupações humanas irregulares. A discussão sobre o tema proposto é de extrema relevância para debater e pensar a realidade da comunidade do Dique Estrada e de outras regiões periféricas urbanas que sofrem pela ausência do Direito Fundamental à Moradia digna ao próprio direito à cidade, decorrendo das relações econômicas capitalistas que impera sobre toda a vida urbana.

CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIQUE ESTRADA COMO UMA COMUNIDADE PESQUEIRA TRADICIONAL ÀS MARGENS DA LAGUNA MUNDAÚ

A Comunidade do Dique Estrada encontra-se no oeste da capital alagoana, contornada por alguns dos bairros de maior vulnerabilidade social de Maceió, quais sejam: Vergel do Lago, Trapiche da Barra e Ponta Grossa. O Complexo do Dique Estrada compõe um conjunto de favelas: Mundaú, Sururu de Capote, Peixe e Muvuca; localizadas na faixa de terra entre a Avenida Senador Rui Palmeira, mais conhecida como Dique Estrada, e a Laguna Mundaú, sendo sua população ribeirinha composta em sua maioria por pescadores(as) e marisqueiros(as).

Figura 1 - Orla lagunar de Maceió em Amarelo e os bairros que compõem a comunidade do Dique Estrada

Fonte: Prefeitura Municipal de Maceió, adaptado por Brandão (2019, p. 36).

Figura 2 - Laguna Mundaú

Fonte: Autora (2023).

A Laguna Mundaú banha a comunidade ribeirinha do Dique Estrada e possui 27 quilômetros quadrados, compondo o Complexo Estuarino Lagunar Mundaú Manguaba (CELMM). A mencionada laguna é elemento referencial para o patrimônio natural do Município de Maceió, como aponta o Plano Diretor de Maceió[2] e é fonte de

2 MACEIÓ. **Lei Municipal nº 5486 de 30/12/2005**. Institui o Plano Diretor do Município de Maceió, estabelece diretrizes gerais de política de desenvolvimento urbano e dá

sobrevivência da maioria das famílias locais, através da atividade da pesca e da mariscagem.

Com a urbanização acelerada de Maceió, grande número de favelas nas margens da Laguna Mundaú aumentou. É de maneira irregular e desumana que o Complexo do Dique Estrada cresce nas margens da Laguna, com um cenário de desequilíbrio social e violência da desigualdade. Descreve-se a comunidade de estudo pela segregação, pela exclusão de uma parcela da cidade em áreas ambientalmente frágeis, com sua população desprovida de serviços básicos, como: saneamento, habitação, assistência social, educação, segurança e saúde.

Houve, nas primeiras décadas do século XX, o crescimento demográfico de Maceió, o aumento de sua população também era devido à migração da população do interior que migrava para a metrópole em busca de melhoria de vida. Maceió recebeu grande parcela da população dessa migração. Diante do processo migratório, "a população pobre passa a habitar as áreas que não interessam ao mercado imobiliário, normalmente por serem situadas em áreas de riscos, sujeitas a intempéries, bem como em bairros periféricos."[3]. Assim, "entre os casos de violação destaca-se a ocupação da orla lagunar, marcada por um processo de favelização em uma área de risco."[4].

A comunidade de estudo é composta por um complexo que contém quatro favelas: Mundaú, Sururu de Capote, Torre e Muvuca. Essas favelas definiram a constituição do espaço, mesmo que embora não sejam claros os limites entre elas. Na figura 3, a favela do Mundaú é identificada como cor roxa, a favela do Sururu de Capote pela cor rosa, a favela conhecida como Peixe está demarcada pela cor amarela. E por último, a favela Muvuca identifica-se pela cor laranja.

---

outras providencias. Maceió: Câmara Municipal de Maceió, 2005. p. 17.

3 LINS, Isabel Albuquerque de Almeida. A efetividade do Direito à Moradia: o caso da remoção do complexo de favelas do Dique Estrada. *In*: MARCHIONI, Alessandra (org.). **Acesso à moradia e exclusão social**. Maceió: Edufal, 2018. p. 114.

4 *Ibidem*. p. 101.

Figura 3 - Divisão das favelas: Mundaú, Sururu de Capote, Torre/Peixe e Muvuca

Fonte: Prefeitura Municipal de Maceió, adaptado por Brandão (ano).[5].

Figura 4 - Moradias sub-humanas da população local (Favela Mundaú)

Fonte: Autora (2024).

5 BRANDÃO, Luanne de Andrade. **Vulnerabilidades Urbanas**: Diretrizes de Urbanização de um trecho Favela Sururu de Capote. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2019. p. 55.

A situação de miserabilidade vivenciada pela população do complexo de favelas do Dique Estrada é marcada pela ausência de infraestrutura urbana e serviços básicos ao longo dos anos, como se demonstra a figura 4, bem como pela ausência de oportunidades de melhorias das condições de renda da população, além da violência existente na comunidade.

Figura 5 - Entre a favela Mundaú e a Sururu de **Figura 6** - Entre a favela Mundaú e a Sururu de Capote Capote

Fonte: Autora (2012). **Fonte:** Autora (2011).

A relação dos assentamentos humanos com a Laguna Mundaú ocorreu sob a forma de dependência e degradação. A dependência devida à laguna ser a principal fonte de sobrevivência da população local, com a atividade de mariscagem e a atividade pesqueira. E a degradação devido à deficiência dos sistemas de saneamento básico da região, uma vez que a maioria dos lixos e esgotos da comunidade são despejados na laguna[6].

No que se refere ao aspecto econômico, a venda do sururu e do peixe na região lagunar que abrange a comunidade do Dique Estrada é a principal fonte de renda da população ribeirinha[7]. O aproveitamento da laguna Mundaú para o uso integrado da pesca é uma das diretrizes

6 MELO, Tainá Silva. **Assentamentos humanos precários às margens da lagoa Mundaú, em Maceió, Alagoas:** da situação às (re)ações do poder público no período de 1988 a 2010. 2019. Disponível em: https://www.seer.ufal.br/index.php/revistaimpeto/article/view/9827. Acesso em: 20 jun. 2024. p. 44.

7 "Estima-se que as pessoas envolvidas na cadeia produtiva do sururu sejam aproximadamente 450 entre pescadores, marisqueiras, catadoras, cozinheiros e transportadores integrando a cadeia produtiva do sururu" (IABS, 2013 *apud* Milani; Oliveira, 2021, p. 271).

gerais para o desenvolvimento das atividades produtivas em Maceió, como aponta o Plano Diretor de Maceió[8]. No entanto, a população local da Comunidade do Dique Estrada enfrenta diversos problemas em relação a atividade desenvolvida de mariscagem e pesca, como os limites à organização coletiva de trabalhadores, a precarização do trabalho, a informalidade da atividade[9] e a ausência de segurança no exercício da atividade, com escassez de equipamentos de proteção.

Para Edson Bezerra na obra *Manifesto Sururu*[10], o sururu como patrimônio imaterial local significa não somente fonte de alimento para a população lagunar, mas também significa elemento de forte identidade de Alagoas, pois seu aspecto cultural e simbólico agrega valor à região em torno da laguna[11]. Pode-se observar abaixo algumas imagens de marisqueira e pescadora exercendo sua atividade.

8 MACEIÓ. **Lei Municipal nº 5486 de 30/12/2005**. Institui o Plano Diretor do Município de Maceió, estabelece diretrizes gerais de política de desenvolvimento urbano e dá outras providencias. Maceió: Câmara Municipal de Maceió, 2005. p. 11-12.

9 "Acrescente-se que a informalidade no mercado de trabalho refletiu diretamente nas condições de moradia e nos locais a serem ocupados pela população de baixa renda, contribuindo para a ocupação desordenada do solo.". LINS, Isabel Albuquerque de Almeida. A efetividade do Direito à Moradia: o caso da remoção do complexo de favelas do Dique Estrada. *In*: MARCHIONI, Alessandra (org.). **Acesso à moradia e exclusão social**. Maceió: Edufal, 2018. p. 101.

10 BEZERRA, Edson. **Manifesto sururu:** por uma antropofagia das coisas alagoanas. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2019. p. 20.

11 "O sururu constitui importante fonte de renda e de alimento para a população local. Em 2014, o sururu foi considerado patrimônio imaterial do estado de Alagoas, ícone da identidade alagoana sendo referência na culinária, como também da cultura local, como por exemplo, a música, a literatura, etc. É considerado uma iguaria culinária e se tornou meio de subsistência das favelas em torno da Lagoa Mundaú.". MILANI, Ana Maria Rita; OLIVEIRA, Rejane Soares. **Cooperativismo no bairro Vergel do Lago na Lagoa Mundaú – Maceió, Alagoas e a criação da Cooperativa de Trabalho das Marisqueiras Mulheres Guerreiras** (Coopmaris). 2021. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/8473>. Acesso em: 20 jun. 2024. p. 270.

Figuras 7, 8 e 9 - Marisqueira exercendo sua atividade em sua moradia (procedimento da separação do sururu de capote dos resíduos nele entrelaçados). E na última figura, pescadora fazendo a separação dos peixes às margens da Laguna Mundaú (figuras tiradas na área da Favela Mundaú)

Fonte: autora (2023). **Fonte:** autora (2024).

No entanto, após a interdição de grande parte da Laguna Mundaú, após o rompimento da mina 18 devida à extração de salgema pela empresa de indústria cloroquímica Braskem, os moradores da comunidade do Dique Estrada e de outras regiões lagunar passaram a se mobilizar em busca de auxílio governamental, pois a laguna é a fonte principal de sobrevivência para a maioria dos moradores que residem em suas margens. Em 07/12/2023, houve a realização da audiência pública na Câmara dos Vereadores de Maceió, onde debateu sobre a realidade social, urbana e econômica da população marisqueira e pescadora da comunidade de estudo. Nesta audiência pública, foi dada a palavra ao pescador Sr. Noel, da Comunidade do Dique Estrada, o qual relatou em suas falas:

> [...] digo com certeza e afirmo aqui nesse plenário que quando foi pra Braskem indenizar os pescadores, ela [...] esqueceu dos pescadores e marisqueiras do Vergel do Lago. [...] Triste eu fico quando lembro da lagoa na minha infância. Nascido e criado no Vergel do Lago. Tenho hoje 45 anos de idade, vivo da pesca desde que nasci, porque meu pai era pescador. Comecei a pescar aos 12 anos de idade. Não há aqui pescador

> que não diga assim: eu vejo esse menino de pequeno na lagoa. E pesco de tudo na lagoa [...]. Eu penso que a nossa lagoa está viva porque ela recebe água direta do mar e a qualquer maré de lua cheia ou lua nova a vida retorna para a nossa lagoa.

Na mesma ocasião da audiência pública, para a Sra. Vanessa, marisqueira e presidente da Cooperativa das Marisqueiras (Coopmaris) da Comunidade Dique Estrada, aduziu que:

> [...] Quero de volta nossa lagoa, somos marisqueiras e pescadores, que sendo a lagoa Mundaú uma fonte de renda, de sustento e de morada. Este é um dos momentos mais difíceis para quem vive da pesca artesanal porque estamos vendo nosso pescado desaparecer e agora estamos impedidos de entrar na lagoa, de colocar nossas embarcações e de desempenhar o nosso ofício [...]. O resultado disso é a destruição das espécies da lagoa. Há muito tempo as marisqueiras e pescadores tem sido ignorados e estapeados das políticas públicas e não foi diferente desde da urgência do caso da Braskem, o que demonstra como o racismo ambiental é profundo nesse estado [...]. Queremos nossa lagoa viva, queremos de volta a nossa lagoa.

Diante dos relatos, verifica-se que o sustento dessa população tradicional depende diretamente da laguna. Como visto, até os locais onde estabeleceram suas moradias são estritamente interligados pela dependência que a população local tem com a laguna, bem como pelo sentimento de pertencimento de seus moradores.

As problemáticas sociais, urbanas e econômica vivenciadas atualmente pela Comunidade do Dique Estrada são reflexo de décadas de exploração e segregação suportada por essa parcela da população

de Maceió. São problemas de habitação, saúde, esgotamento sanitário, saneamento, educação, informalidade do mercado de trabalho, desvalorização da atividade econômica e, agora, problemas decorrentes da extração realizada pela indústria química da Braskem que, em conjunto, impossibilitam o complexo de favelas do Dique Estrada de ter acesso ao direito à cidade, em especial ao direito à moradia adequada com o exercício pleno de sua atividade pesqueira e de mariscagem.

A PROMOÇÃO DAS POLÍTICAS HABITACIONAIS NAS OCUPAÇÕES DO DIQUE ESTRADA E A NOVA REVITALIZAÇÃO COM O RESIDENCIAL PARQUE DA LAGOA

As principais políticas públicas habitacionais para a população local da Comunidade do Dique Estrada foram destinadas, principalmente, às tentativas de remoções, em consequência das enchentes e quedas de barreiras que aconteceram na comunidade ao longo do tempo. No entanto, verifica-se que se trata de tentativas infrutíferas, uma vez que a população local, em sua maioria, depende da pesca na laguna para sobreviver, observando, então, que há uma ligação direta do estabelecimento de suas moradias na região com a subsistência pela laguna.

Em meados de 1980, foi elaborado em caráter emergencial um projeto de construção de dois conjuntos habitacionais, quais sejam: os conjuntos Virgem dos Pobres I, localizado no bairro de Vergel do Lago; e o Virgem dos Pobres II, no bairro do Trapiche da Barra, totalizando de 2.300 unidades habitacionais, construídas através do programa "Promorar". No entanto, tais habitações apresentaram diversos problemas, uma vez que não foram obedecidos os padrões urbanísticos com serviços de infraestrutura básica e esgotamento sanitário[12]. Esses conjuntos habitacionais foram construídos em

12 MELO, Tainá Silva. A**ssentamentos humanos precários às margens da lagoa Mundaú, em Maceió, Alagoas**: da situação às (re)ações do poder público no período de

caráter emergencial através de sistema de mutirão, até mesmo com doação de empresas privadas, segundo reportagens da época. Nesse período, os desabrigados foram acomodados temporariamente em acampamento provisório, o qual foi denominado de "cidade de lona", pois atendia cerca de 2.000 pessoas, conforme as informações do *Jornal Gazeta de Alagoas*, datada de 30/07/1988[13].

As remoções se iniciaram em 1988 através da Prefeitura de Maceió com a proposta de transferência dos moradores para loteamento no bairro Benedito Bentes[14]. No ano de 2000, aconteceu mais uma enchente, que motivou a transferência da população desalojada para uma creche no Vale do Reginaldo. No ano seguinte, foram criados os conjuntos Carminha e Freitas Neto, no bairro Benedito Bentes, para abrigar os moradores do Dique Estrada e de outros assentamentos precários, como a Vila de Pescadores do Jaraguá, mesmo tais áreas não possuindo sistema de transporte e coleta de lixo eficazes para receber a população transferida. Diante disso, muitas famílias retornaram para suas moradias de origem[15].

Já nos anos de 2000 a 2006, foi realizado um processo de implementação do "Projeto de Requalificação da Orla do Dique Estrada", em parceria dos governos estadual e municipal. O projeto tinha como objetivo principal transformar a orla lagunar em um novo ponto de turismo e lazer para a cidade de Maceió[16]. No entanto,

1988 a 2010. 2019. Disponível em: https://www.seer.ufal.br/index.php/revistaimpeto/article/view/9827. Acesso em: 20 jun. 2024. p. 44.

13 DUARTE, Rubens de Oliveira. **Orla lagunar de Maceió**: apropriação e paisagem (1960-2009). 2010. Dissertação (Mestrado em arquitetura e urbanismo) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió: 2010. Disponível em: http://www.repositorio.ufal.br/jspui/handle/riufal/705. Acesso em: 15 de jan. de 2024. p. 74.

14 MELO, Tainá Silva. **Assentamentos humanos precários às margens da lagoa Mundaú, em Maceió, Alagoas**: da situação às (re)ações do poder público no período de 1988 a 2010. 2019. Disponível em: https://www.seer.ufal.br/index.php/revistaimpeto/article/view/9827. Acesso em: 20 jun. 2024. p. 45.

15 *Ibidem*. p. 45-46.

16 MELO, Tainá Silva. **Assentamentos humanos precários às margens da lagoa Mundaú, em Maceió, Alagoas:** da situação às (re)ações do poder público no período de 1988 a 2010. 2019. Disponível em: https://www.seer.ufal.br/index.php/revistaimpeto/article/view/9827. Acesso em: 20 jun. 2024.

para implementar o mencionado projeto, uma das propostas era a transferências de 1.600 famílias do Dique Estrada, sendo que dessas famílias, 350 dependiam da pesca para subsistência e seriam realocadas para o Conjunto Lenita Vilela, localizado no bairro do Trapiche da Barra, e as demais famílias para a parte alta da cidade[17].

Apresentado o projeto de urbanização da orla lagunar do Dique Estrada, este não foi concluído, uma vez que foi implementada apenas uma parte do projeto original, como as construções de edificações padronizadas para o material de trabalho dos pescadores, por exemplo.[18]

Foi realizada mais uma mobilização de retirada da população das margens da laguna Mundaú com a construção do Conjunto Vila São Pedro II, III e IV, programa habitacional inaugurado em janeiro de 2010, que custou cerca de R$ 35 milhões, fruto de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e da contrapartida do Governo de Alagoas. Ressalta-se que a mencionada política habitacional também não supriu toda a demanda de moradia da população local.

Atualmente, no que se refere às políticas habitacionais destinadas à Comunidade do Dique Estrada, a Prefeitura de Maceió vem realizando a construção de uma nova política habitacional na comunidade, denominado de Residencial "Parque da Lagoa", com um valor total da obra de R$ 142.080.000,00, com o objetivo da construção de 1.776 unidades habitacionais, equivalente a 23 prédios de apartamentos levantados, conforme informações nas placas localizadas na comunidade amplamente divulgadas pela Prefeitura de Maceió.

O projeto contava com início da obra em dezembro de 2018 e término da obra em dezembro de 2022, iniciado dentro do programa "Casa Verde e Amarela", atual programa habitacional "Minha casa,

17 Ibidem, p. 46.

18 "[...] diversas intervenções públicas fizeram parte do planejamento da orla lagunar, mas nenhuma logrou êxito em ser concluída em sua integralidade. Dessa maneira, a execução incompleta dos projetos de urbanização e reurbanização, com a ausência dos equipamentos de infraestrutura necessários, abriu espaço, para contínua favelização da orla lagunar." (Lins, 2015, p. 20). Ibidem, p. 154.

minha vida", conforme se encontra claramente divulgado pela Prefeitura de Maceió. Além do mencionado residencial, foi projetada também a "Rota da Lagoa" como amplamente divulgada na principal avenida do Complexo do Dique Estrada.

O projeto do residencial "Parque da Lagoa" contém 45 metros quadrados por unidade habitacional, distribuídos em cinco cômodos: sala, banheiro, área de serviço e dois quartos. Os apartamentos no térreo contam com acessibilidade para pessoas com deficiência e idosos, além disso, contêm área de lazer, como quadra de esportes e parques infantis. Entretanto, até o momento, não se vê construção de áreas para a população local exercer a atividade pesqueira e de mariscagem, nem mesmo áreas destinadas para seus animais, conforme relatos dos moradores.

A entrega das Unidades Habitacionais do Residencial Parque da Lagoa iniciou-se em 27/06/2022, quando ocorreu o 1º sorteio de 160 unidades, equivalentes a 8 blocos do empreendimento (Figura 10). Em 26/02/2024, foi realizado o segundo sorteio de cerca de 600 unidades, na data de 15/04/2024 ocorreu o terceiro sorteio de 324 unidades e em 01/07/2024 aconteceu o quarto sorteio de 400 habitações.[19] Contudo, até o momento, uma parte da população ainda não foi contemplada, permanecendo em barracos e moradias sub-humanas.

19 Listagem do 1º sorteio das Unidades Habitacionais do Residencial Parque da Lagoa. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://maceioalgovbr.dhost.cloud/uploads/imagens/Sorteio-Parque-da-Lagoa.pdf. Acesso em: 21 fev. 2024.
Listagem do 2º sorteio das Unidades Habitacionais do Residencial Parque da Lagoa. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://maceioalgovbr.dhost.cloud/uploads/imagens/SORTEIO_PARQUE_DA_LAGOA_26.02.2024.pdf. Acesso em: 07 mar. 2024.
Listagem do 3º sorteio das Unidades Habitacionais do Residencial Parque da Lagoa. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cdn.gazetaweb.com/img/attachmentinline/750000/Municipio-publica-lista-de-sorteados-com-moradia-n0075768300.pdf?xid=1507427. Acesso em: 02 maio 2024.
Listagem do 4º sorteio das Unidades Habitacionais do Residencial Parque da Lagoa. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.tnh1.com.br/fileadmin/user_upload/LISTA_SORTEADOS_400_UNIDADES.pdf. Acesso em: 21 ago. 2024.

Figura 10 - Parte do "Residencial Parque da Lagoa" através de imagem de drone.

Fonte: Autora e José Roberto Souza (2024).

Figuras 11 e 12 - Contraste entre as novas moradias e as moradias de origem. Local: Favela Mundaú.

Fonte: Autora (2024).

Por outro lado, verifica-se que as tentativas de transferência da população da comunidade para locais distantes de suas moradias originais e da Laguna Mundaú, que é a principal fonte de subsistência das famílias locais, não é o procedimento correto, pois tem como

consequência o retorno dos moradores, uma vez que esses não se adaptam às novas moradias, tendo em vista o pertencimento e a identidade desses moradores perante suas regiões de origem, além da questão da subsistência.

O cenário de segregação, exclusão e ocupação irregular do solo urbano é presente na comunidade, diante disso, o sistema habitacional precisa atender à necessidade e à realidade dos moradores da Comunidade do Dique Estrada, pois, como dito anteriormente, a maioria dessa população vive da pesca e da mariscagem na Laguna Mundaú.

DO DIREITO À MORADIA AO DIREITO À CIDADE: ASPECTOS DA DESORGANIZAÇÃO SOCIAL E SEGREGAÇÃO NO ESPAÇO URBANO

O direito à cidade surgiu da queixa acerca da crise devastadora da vida cotidiana na cidade, bem como da exigência de uma ordem para encarar a crise e criar uma vida urbana alternativa que fosse menos alienada, mais significativa e divertida[20]. O ideal do direito à cidade surge das ruas, dos bairros, como grito de socorro das populações mais oprimidas nos tempos de desesperos[21].

David Harvey[22] entende que o direito à cidade é muito mais do que um direito de acesso individual ou grupal aos recursos que a cidade incorpora, pois é um direito de mudar e reivindicar a cidade conforme as verdadeiras necessidades e desejos, uma vez que o direito à cidade é um direito mais coletivo do que individual, considerando que reivindicar a cidade depende do exercício de uma organização e poder coletivo sobre o processo de urbanização.

Henri Lefebvre[23] aponta que o direito à cidade se afirma como um apelo, como uma exigência e complementa que o direito à cidade

20 HARVEY, David. **Cidades Rebeldes**: do Direito à Cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 11.

21 Idem, p. 15.

22 Idem, p. 28.

23 LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. São Paulo: Centauro, 2001. p. 117-118.

não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais, devendo ser formulado como direito à vida urbana, transformada e renovada.

No entanto, o direito à cidade está constituído, confinado e restrito, na maioria dos casos, à pequena elite política e econômica que molda as cidades de acordo com os seus interesses. Diante disso, há grandes movimentos sociais voltados para a questão urbana, no caso do Brasil, o Estatuto das Cidades foi inserido na legislação brasileira após pressão dos movimentos sociais para reorganizar o direito coletivo à cidade[24].

A questão do direito à cidade traz um diálogo concreto e histórico com a luta por cidadania entre os moradores das periferias e das reivindicações que tem acontecido contemporaneamente nos territórios, tendo em vista a realidade dos moradores das periferias que sofrem as opressões e tem seus direitos negados cotidianamente[25].

A cidadania é uma lei desenvolvida pela sociedade que atinge todos, sem qualquer distinção. Baseada no respeito, a cidadania é consagrada através de princípios gerais e abstratos que se impõem como um corpo de direitos concretos individualizados, tornando cada cidadão portador de prerrogativas sociais, como o direito a um teto, à comida, à educação, à saúde, ao trabalho digno, à justiça, à segurança, ou seja, a uma existência digna[26].

No entanto, a definição de cidadania na atualidade encontra-se mutilada, subalternizada[27]. Ameaçada por um cotidiano implacável, a cidadania não pode ser apenas uma declaração de intenções e regras[28]. Seu acesso não tem validade para a maioria das pessoas, pois

24 HARVEY, David. **O Direito à Cidade.** 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/272071/mod_resource/content/1/david-harvey%20direito%20a%20cidade%20.pdf. Acesso em: 16 jun. 2024. p. 87.

25 FONTES, Leonardo de Oliveira**.** Do direito à cidade ao direito à periferia: transformações na luta pela cidadania nas margens da cidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP**, v. 25. 2, n. 2, p. 63-89, 2018. p. 71.

26 SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007. p. 19.

27 Idem, p. 37.

28 Idem, p. 20.

os bens e serviços são distribuídos conforme a hierarquia urbana, na qual depende do lugar socioeconômico e do lugar geográfico na cidade[29]. Destaca-se que a cidadania é um Direito Fundamental que está declarado explicitamente na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso II.

O presente trabalho vem a destacar o retrato dos espaços e dos contextos que marcam a trajetória de vida urbana em que a pobreza, as privações sociais, a marginalidade e a criminalidade, institucional ou não, são vetores marcantes no dia a dia do processo de urbanização, estabelecendo limites ao pleno exercício do direito à cidade no espaço urbano, em especial do direito fundamental à moradia digna.

Raquel Rolnik[30], pesquisadora sobre as questões urbanas no Brasil, aponta que, em relação ao Estado, é estabelecida uma lógica jurídica-política, fazendo com que a irregularidade no espaço urbano receba o estatuto de extralegalidade, que depende da interferência do Estado que se dá de modo discricionário. Esses aspectos de irregularidades são trazidos por Maricato (2003). As construções e ocupações do solo urbano de padrões modernos convivem com a cidade ilegal, na qual a infração é regra, mesmo estando presentes nas leis de parcelamento do solo, no código de obras, na lei de zoneamento e demais legislações[31].

Em termos gerais, os territórios das grandes periferias urbanas concentram uma série de problemas sociais, como a pobreza, a segregação social e territorial, moradias ilegais, violência de preconceito contra grupos específicos, criminalização da pobreza; dando margem a um desequilíbrio social e a competição desgovernada de projetos individuais de sobrevivência. Raquel Rolnik[32] aponta que

29 Idem, p. 11.

30 ROLNIK, Raquel. **São Paulo**: O planejamento da desigualdade. São Paulo: Fósforo, 2022. p. 49.

31 MARICATO, Ermínia. **Metrópole, legislação e desigualdade**. 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ea/a/LJf4kyjgfBw9PyLxBxbNRbf/#. Acesso em: 17 jun. 2014. p. 153.

32 ROLNIK, Raquel. **São Paulo**: O planejamento da desigualdade. São Paulo: Fósforo, 2022. p. 23.

a cidade "é uma cidade partida, cravada por muros visíveis e invisíveis que a esgarçam em guetos e fortalezas".

Essa exclusão social da população mais fragilizada é caracterizada com a pobreza, irregularidade, informalidade, nível baixo de escolaridade da população, alto índice de criminalidade e a ausência da cidadania[33].

Frisa-se que o processo de urbanização sempre foi um tipo de fenômeno de classe, pois os excedentes são extraídos de algum lugar ou de alguém, enquanto o controle sobre o uso desse lucro acumulado costuma permanecer nas mãos de uma população que detém o controle e a concentração de riqueza. Vale ressaltar que existe uma ligação íntima entre o desenvolvimento do capitalismo e a urbanização[34].

A expansão desregulada das cidades também faz com que o espaço urbano seja objeto de desejo e de relevância para especulação. Isso gera consequências estruturais dentro da organização do território, no estímulo da concentração de riqueza e na difusão da pobreza. Trazendo para a realidade do Dique Estrada, é notório como a concentração de poder influencia para a continuidade desse cenário na comunidade, de forma que quem detém o poder não está preocupado em implementar políticas públicas eficazes a findar com os problemas sociais e habitacionais dessa população, pois tudo está entrelaçado à interesses e ao sistema capitalista.

Os problemas advindos do processo de urbanização, como deslizamentos de terra, alagamentos, inundações, não podem ser entendidos como desastres naturais, mas sim socioambientais, inerentemente políticos que trazem a injustiça e o racismo ambiental. Sendo assim, os desastres socioambientais urbanos são compreendidos

33 MARICATO, Ermínia. **Metrópole, legislação e desigualdade**. 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ea/a/LJf4kyjgfBw9PyLxBxbNRbf/#. Acesso em: 17 jun. 2014. p. 153.

34 HARVEY, David. **Cidades Rebeldes**: do Direito à Cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 30.

como produtos da lógica desenvolvimentista e neoliberal imposta pelo Estado[35].

Essa relação de dominação é incentivada pelo Estado, ou seja, "o Estado é o resultado de um processo pelo qual a classe economicamente mais forte – isto é, a que detém os meios de produção decisivos nessa determinada sociedade – afirma todo o seu poder sobre a sociedade inteira [...]"[36].

Para Bercovici[37], a formação do Estado moderno e do constitucionalismo é vinculada à formação de desenvolvimento do sistema capitalista, bem como aborda que o Estado e o capitalismo fazem parte da mesma evolução histórica, estando indissociavelmente ligados. Isto é, o "Estado é um derivado necessário da própria reprodução capitalista; essas relações ensejam sua constituição ou sua formação"[38].

A ação do Estado vai se modificando ao longo do tempo, fazendo com que sua estruturação atenda às necessidades da classe dominante e das leis do mercado, na qual influencia na estruturação socioeconômica, na estruturação urbana e na organização espacial das cidades; o que não foi diferente dentro do espaço urbano da Comunidade do Dique Estrada, que há anos vive excluída, fragmentada, segregada e sem garantia ao direito à cidade, em especial ao direito fundamental à moradia adequada.

35 PIMENTEL, Flora Clarissa Cardim. A vida no morro enquanto o desastre não acontece: faces da injustiça socioambiental na cidade do Recife. 2020. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/revistadaufmg/article/view/21639/28916. Acesso em: 20 jun. 2024. p. 111.

36 GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Rio Grande do Sul: L&PM, 1986. p. 30.

37 "Deste modo, o Estado deve garantir e incentivar o sistema econômico capitalista e, ao mesmo tempo, realizar uma série de políticas públicas de cunho social para legitimar-se." BERCOVICI, Gilberto. **As possibilidades de uma Teoria do Estado.** 2006. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/8. Acesso em: 19 jun. 2024. p. 44.

38 MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 15.

PREVISÃO LEGAL DO DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à moradia é um direito constitucionalmente estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal (CF) de 1988 como um direito social, sendo incluído expressamente no rol dos direitos fundamentais sociais por meio da Emenda Constitucional 26 de 2000, encontrando-se, assim, no título acerca dos direitos e garantias fundamentais.[39]

O direito à moradia, como direito fundamental, é indispensável para a dignidade humana, além disso é um elemento social e uma necessidade básica do indivíduo. Visa frisar que esse direito não consiste apenas em uma casa ou uma edificação onde a pessoa reside, mas o conceito de direito à moradia deve ser entendido de forma mais ampla.

Sendo assim, o mencionado direito engloba todos os elementos referentes à habitação, como: conforto, segurança e higiene; aptos a criar um ambiente que permita uma evolução pessoal e social, devendo ser entendido em sua forma absoluta, pois não se trata apenas de uma casa, mas de uma casa habitável, próxima ao local de trabalho, com acesso a serviço de transporte público efetivo e infraestrutura, como: iluminação pública, saneamento básico, segurança pública, saúde e educação; permitindo, inclusive, o gozo de outros direitos fundamentais[40].

39 "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a **moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988 (grifo nosso).

40 MASTRODI, Josué; ROSSI, Renan Alarcon. **Direito Fundamental Social à Moradia**: aspectos de efetivação e sua autonomia em relação ao Direito de Propriedade. 2015. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/549/420. Acesso em: 08 mar. 2024. p. 177-178.

José Afonso da Silva[41] entende que o direito à moradia "envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como se prevê na Constituição portuguesa (art. 65)". Sobre a conceituação do direito à moradia, o mencionado autor ainda complementa que "se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia."[42].

Em sua obra *Direito urbanístico brasileiro*, José Afonso[43] também conceitua o direito à moradia como sendo "em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; e, por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação, que são os tais programas habitacionais de que fala o art. 23, IX, da CF [...]".

No plano internacional, que traz reflexos para a afirmação do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, este direito é mencionado em diversos documentos históricos. Um dos primeiros é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicado no dia 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia dos Direitos Humanos. Sendo assim, referente ao direito à moradia, em seu artigo 25, item 1, expressa que o direito à habitação faz parte do padrão de vida de todos. A partir do mencionado instrumento, pode se falar em consolidação desse direito como direito humano universal indispensável a todos[44].

41 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 318.

42 Idem, p. 318-319.

43 SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 376.

44 COSTA, Ana Júlia Oliveira Leite da. **Direito à moradia e Covid-19**: uma análise a partir da atuação estatal no Brasil. 2022. Trabalho de conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo: 2022. Disponível em: https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/f8a900c7-ec68-4c3a-bed7-3181477933a2/content. Acesso em: 16 jun. 2024. p. 10.

É notório que o direito à moradia é uma das principais garantias à dignidade da pessoa humana, tendo como elemento essencial à proteção da cidadania, uma vez que é impreterível para a redução dos problemas sociais no país. Destarte, este direito pode ser classificado como direito humano e como direito fundamental, uma vez que se encontra previsto nos tratados internacionais de direitos humanos e na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Vale ressaltar que o desdobramento das questões urbanas, a inclusão da política urbana na Constituição Federal também foi um marco importante durante o processo de redemocratização do Brasil, como resultado da luta dos movimentos sociais ligados à moradia.

Cabe mencionar que o direito à moradia já era previsto em outros pontos na Constituição Federal, quais sejam: 1) artigo 7º, IV: quando afirma que o salário-mínimo deverá ser suficiente para suprir as necessidades mínimas do trabalhador, dentre elas a moradia; e 2) artigo 23, IX: quando prevê que a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Cumpre destacar, que algumas leis infraconstitucionais brasileiras também tratam do direito à moradia, como: o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001)[45] e o Plano Diretor de Maceió (Lei nº 5.486/2005)[46].

45 "Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
I – Garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, **à moradia**, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;" BRASIL. **Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (Estatuto da Cidade). 2001. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/552133#:~:text=Regulamenta%20os%20arts.,urbana%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=AUTOR%3A%20SENADOR%20POMPEU%20DE%20SOUZA,)%20%2D%20PLS%20181%20DE%201979>. Acesso em: 19 jun. 2024 (grifo nosso).

46 "Art. 3º. Este Plano Diretor se fundamenta nas seguintes premissas: I – inclusão social, mediante ampliação da oferta de terra urbana, **moradia digna**, saneamento

A Política Habitacional do Município de Maceió, através do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Maceió (2005, p. 39), estabelece diretrizes e estratégias de ação objetivando reduzir o déficit e as necessidades habitacionais, bem como conter a produção de moradia irregular na capital, como expresso no artigo 92. No entanto, o histórico de políticas habitacionais na Comunidade do Dique Estrada, como foi demonstrado, aconteceu de maneira ineficaz, tendo em vista que a maioria dos assentamentos da comunidade eram precários e sub-humanos, sem acesso a serviços básicos para uma moradia adequada, como: saneamento, esgotamento sanitário e mobilidade urbana, previstos pelo Plano Diretor de Maceió. Além disso, consta no Plano Diretor (2005, p. 41) o conceito de assentamento precário, onde entende que se considera esta expressão como sendo uma ocupação urbana em situação de risco decorrente das moradias estarem sujeitas a enchentes na beira da Laguna Mundaú, como é o caso da comunidade do Dique Estrada, conforme artigo 96, parágrafo 2º, inciso IV e alínea "b".

Ressalta-se que mesmo a Laguna Mundaú fazendo parte de um Complexo Estuarino (CELMM), como foi citado anteriormente, e mesmo estando próxima à Ilha de Santa Rita, que é uma Área de Proteção Ambiental, instituída pela Lei 4.607/1984, a utilização da Laguna encontra-se em desacordo com as legislações ambientais e urbanísticas vigentes, uma vez que ainda existe grande número de ocupações inadequadas em suas margens na Comunidade do Dique

básico, infraestrutura urbana, transporte coletivo, serviços públicos, trabalho, renda, cultura e lazer para a população de Maceió;" MACEIÓ. **Lei Municipal nº 5486 de 30/12/2005**. Institui o Plano Diretor do Município de Maceió, estabelece diretrizes gerais de política de desenvolvimento urbano e dá outras providencias. Maceió: Câmara Municipal de Maceió, 2005. p. 10 (grifo nosso).

"Art. 92. A Política Habitacional do Município de Maceió estabelecerá diretrizes e estratégias de ação objetivando **reduzir o déficit e as necessidades habitacionais e conter a produção de moradia irregular**. § 1º. **Entende-se habitação os componentes que integram a moradia**, a infraestrutura e os serviços urbanos, os equipamentos urbanos e comunitários, permitindo uma vida digna à população residente em Maceió." MACEIÓ. **Lei Municipal nº 5486 de 30/12/2005**. Institui o Plano Diretor do Município de Maceió, estabelece diretrizes gerais de política de desenvolvimento urbano e dá outras providencias. Maceió: Câmara Municipal de Maceió, 2005. p. 39 (grifo nosso).

Estrada, ou seja, moradias em condições sub-humanas, colocando em risco a vida da população local e a proteção da fauna e da flora lagunar.

Diante do exposto, fica evidenciada a conexão do direito à moradia com o direito à cidade. Tal premissa, por sua vez, inspirou o legislador na elaboração da Lei n° 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) que contempla todo um conjunto de princípios e diretrizes, além de prever uma série de instrumentos específicos que não apenas objetivam a promoção e tutela da moradia do indivíduo, mas tem a finalidade de avançar acerca da inserção da moradia no espaço urbano como um todo, na perspectiva do desenvolvimento sustentável[47].

A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA POR MEIO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais são construções normativas constitucionais fundamentadas especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana e são assegurados pelo Estado, ao qual cabe definir medidas para que o indivíduo não sofra violações, restrições ou limitações no exercício desses direitos. Para o professor George Sarmento[48], "sob a inspiração da dignidade humana, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas prerrogativas individuais ou coletivas. Eles também integram uma ordem de valores que orienta e justifica o Estado Democrático de Direito."

José Afonso da Silva[49] traz o conceito de que "os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas,

47 SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988:** notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. 2008. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32734-40344-1-PB.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024. p. 20.

48 SARMENTO, George. As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade. *In*: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio (org.). **Educação em Direitos Humanos e Diversidade**: diálogos interdisciplinares. Maceió: Edufal, 2012. p. 122.

49 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 93-94.

são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais". O autor complementa pelo entendimento de Canotilho e Vital Moreira citando que "os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional"[50]. Já para Humberto Ávila[51], "os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras."

Por sua vez, destaca-se que os princípios constitucionais são divididos em duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio político-constitucional, pois está expresso no artigo 1º, inciso III, do Título I da Constituição Federal de 1988.

Quanto aos direitos fundamentais, José Afonso da Silva[52] traz na obra *Curso de Direito Constitucional Positivo* a abordagem dos Direitos Fundamentais sob as características da inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade; na qual classifica os direitos fundamentais como: direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (art. 14 e seguintes), direitos sociais (artigo 6º e seguintes e artigo 193 e seguintes), direitos coletivos (artigo 5º) e direitos solidários (artigo 3º e artigo 225).

Sendo assim, o conceito da dignidade da pessoa humana "é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"[53]. Diante disso, decorre que a ordem econômica, que tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna; a ordem social, que objetiva a realização da justiça social; e a educação, com o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, por exemplo, configuram, sobretudo,

50 Idem, p. 94.

51 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 97.

52 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 183 e 186.

53 Idem, p. 107.

como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade humana, e não apenas como meros enunciados formais[54].

Ingo Sarlet[55] entende que o princípio da dignidade da pessoa humana é um autêntico direito fundamental autônomo, tendo em vista a sua importante função como elemento referencial para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, bem como na condição de fundamento para a dedução de direitos fundamentais decorrentes. O mencionado autor aduz que "a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas"[56]. A dignidade da pessoa humana, na condição de princípio fundamental, constitui valor-guia dos direitos fundamentais, bem como de toda a ordem constitucional[57].

Segundo Ana Paula de Barcellos[58], o "efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna". Sendo assim, é importante observar-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um vetor interpretativo para garantir os direitos fundamentais, assim como o direito à moradia, inerentes às pessoas vulneráveis dentro do cenário existente na comunidade de estudo.

Neste diapasão, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o princípio fundamental da ordem jurídica, sendo vetor da interpretação do ordenamento jurídico e ponderação normativa em particular, no entanto, destaca-se que não se devem ser ignorados os demais princípios e regras constitucionais, uma vez que os demais princípios constitucionais fazem parte de uma estrutura a qual o

54 Idem, p. 107.

55 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 95.

56 Idem, p. 98.

57 Idem, p. 105.

58 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 369.

objetivo final é também realizar ou preservar a dignidade humana, ainda que seja de modo indireto[59].

Posto isso, "o caráter objetivo da moradia tem grande destaque no estudo até mesmo da dignidade humana, já que a efetiva aplicabilidade fática desse direito é condição *sine qua non* para sua concretização no seio social"[60].

Vale ressaltar que para Sarlet[61] nem todos os direitos e garantias fundamentais expressamente previstos no Título II da Constituição Federal de 1988 se encontram fundamentados diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e que, de qualquer modo, mesmo diversa a intensidade do vínculo entre a dignidade e os direitos fundamentais, não se pode deixar de reconhecer que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro e principal, sendo o alicerce de um conceito material dos direitos fundamentais, o que evidentemente também se aplica aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais em geral, bem como ao direito à moradia.

No direito à moradia, existe uma vinculação íntima e indissociável com a dignidade da pessoa humana, decorrente de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna. Nesse diapasão, talvez seja o direito à moradia o que melhor se ajusta à conhecida frase de Hegel, ao sustentar, numa tradução livre, que a propriedade constitui o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*). Realmente, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família, para gozar de sua intimidade e privacidade, ou seja, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade,

59 Idem, p. 254.

60 MASTRODI, Josué; ROSSI, Renan Alarcon. **Direito Fundamental Social à Moradia**: aspectos de efetivação e sua autonomia em relação ao Direito de Propriedade. 2015. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/549/420. Acesso em: 8 mar. 2024. p. 179.

61 SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. 2008. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32734-40344-1-PB.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024. p. 10.

a depender não terá sequer a garantia do direito à própria existência física, e, assim, o seu direito à vida, previsto na Constituição Federal. Evidencia-se que não é por outra razão que o direito à moradia tem sido incluído até mesmo no elenco dos designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida. Nesta perspectiva, bem como em função de sua vinculação com a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia é incluído no rol dos direitos de personalidade[62].

Vale frisar, sem adentrar tanto na questão, que mesmo diante dos entendimentos que questionam a fundamentalidade dos direitos sociais, há quem concorde com o caráter fundamental do direito à moradia, tendo em vista que este direito integra um direito às condições mínimas para existência humana digna[63]. Por sua vez, Sarlet[64], na obra "Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie", aborda que embora o direito à moradia tenha sido incluído expressamente no rol dos direitos fundamentais sociais, sua condição de direito fundamental tem sido reconhecida amplamente na doutrina e na jurisprudência, mesmo com alguns entendimentos contrários acerca da fundamentalidade dos direitos sociais.

Posto isso, deve-se ser utilizado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, em especial o direito fundamental social à moradia, dentro da interpretação do ordenamento jurídico, nas decisões do poder judiciário e na implementação de políticas habitacionais destinadas, principalmente, às populações que vivem em vulnerabilidade social, como é o caso da Comunidade do Dique Estrada, objeto deste estudo.

62 Idem, p. 12-13.
63 Idem, p. 14.
64 Idem, p. 1021-1.022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do desenvolvimento deste estudo, procurou-se fixar premissas que materializaram o substrato necessário para discutir o tema proposto e alcançar o entendimento almejado acerca da hierarquia urbana que existe nos grandes centros urbanos do país, bem como dos consequentes conflitos sócio urbano, sobretudo, no complexo de favelas da Comunidade do Dique Estrada, por ser uma comunidade tradicional composta em sua maioria por uma população de marisqueiros(as) e pescadores(as), dentro de uma realidade periférica.

As violações aos direitos fundamentais demonstradas neste capítulo são decorrentes das relações capitalistas e da atuação expansionista dos Estados e do mercado, com consequência na desigualdade social, reprodução da dinâmica do capitalismo e apagamento das identidades da comunidade de estudo.

No entanto, mesmo diante das políticas habitacionais já implementadas na Comunidade do Dique Estrada, na tentativa de garantir o direito à moradia, o cenário de segregação social é presente na comunidade, uma vez que os moradores locais vivem diante da ausência ou da precariedade dos serviços públicos essenciais, como da moradia.

Conclui-se que o sistema habitacional precisa atender à necessidade e à realidade dos moradores da comunidade do Dique Estrada, pois, como dito, a maioria da população local vive da atividade da pesca e da mariscagem através da Laguna Mundaú.

Assim, para garantir o direito fundamental à moradia, constante na Constituição Federal e nas demais legislações do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se ser utilizada a dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo e elemento integrante dos direitos fundamentais. Pois, como mesmo entende Ana Paula de Barcellos[65], o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um

65 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 254.

princípio fundamental da ordem jurídica brasileira, por ser vetor da interpretação do ordenamento jurídico, compreendendo que os demais princípios e regras constitucionais não devem ser ignorados, pois fazem parte de uma estrutura que tem, também, o objetivo de realizar ou preservar a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Lei n° 4.607, de 19 de dezembro de 1984.** Cria área de proteção ambiental e dá outras providências. Alagoas: Assembleia Legislativa de Alagoas. 1984. Disponível em: https://www2.ima.al.gov.br/app/uploads/2023/03/LEI-no-4.607_84.pdf. Acesso em: 19 jun. 2024.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **As possibilidades de uma Teoria do Estado**. 2006. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/8. Acesso em: 19 jun. 2024.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BEZERRA, Edson. **Manifesto sururu:** por uma antropofagia das coisas alagoanas. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2019.

BRANDÃO, Luanne de Andrade. **Vulnerabilidades Urbanas**: Diretrizes de Urbanização de um trecho Favela Sururu de Capote. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2019.

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

BRASIL. **Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (Estatuto da Cidade). 2001. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/

norma/552133#:~:text=Regulamenta%20os%20arts.,urbana%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=AUTOR%3A%20SENADOR%20POMPEU%20DE%20SOUZA,)%20%2D%20PLS%20181%20DE%201979. Acesso em: 19 jun. 2024.

COSTA, Ana Júlia Oliveira Leite da. **Direito à moradia e Covid-19**: uma análise a partir da atuação estatal no Brasil. Trabalho de conclusão de Curso (Bacharelado no curso de Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2022. Disponível em: https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/f8a900c7-ec68-4c3a-bed7-3181477933a2/content>. Acesso em: 16 jun. 2024.

DUARTE, Rubens de Oliveira. **Orla lagunar de Maceió**: apropriação e paisagem (1960-2009). Dissertação (Mestrado em arquitetura e urbanismo) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2010. Disponível em: http://www.repositorio.ufal.br/jspui/handle/riufal/705. Acesso em: 15 jan. 2024.

ENGELS, Friedrich; LENIN, Vladimir Ilitch; GRAMSCI, Antonio. **Engels, Lênin e Gramsci**. 10. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986.

FONTES, Leonardo de Oliveira. Do direito à cidade ao direito à periferia: transformações na luta pela cidadania nas margens da cidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP**, v. 25. 2, n. 2, p. 63-89, 2018.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de Estado em Marx,

HARVEY, David. **Cidades Rebeldes**: do Direito à Cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HARVEY, David. O Direito à Cidade. **Lutas Sociais**, n. 29, p. 73-89, jul./dez. 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.

php/272071/mod_resource/content/1/david-harvey%20direito%20a%20cidade%20.pdf. Acesso em: 16 jun. 2024.

LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.

LINS, Isabel Albuquerque de Almeida. A efetividade do Direito à Moradia: o caso da remoção do complexo de favelas do Dique Estrada. *In*: MARCHIONI, Alessandra (org.). **Acesso à moradia e exclusão social**. Maceió: Edufal, 2018.

LINS, Isabel Albuquerque de Almeida. **Análise sobre a efetividade do Direito à Moradia: o caso da remoção do complexo de favelas do Dique-Estrada**. 2015. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2015.

MACEIÓ. **Lei Municipal nº 5486 de 30/12/2005**. Institui o Plano Diretor do Município de Maceió, estabelece diretrizes gerais de política de desenvolvimento urbano e dá outras providencias. Maceió: Câmara Municipal de Maceió, 2005.

MARICATO, Ermínia. Metrópole, legislação e desigualdade. **Estudos Avançados**, v. 17,

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASTRODI, Josué; ROSSI, Renan Alarcon. **Direito Fundamental Social à Moradia**: aspectos de efetivação e sua autonomia em relação ao Direito de Propriedade. 2015. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/549/420. Acesso em: 08 mar. 2024.

MELO, Tainá Silva. **Assentamentos humanos precários às margens da lagoa Mundaú, em Maceió, Alagoas**: da situação às (re)ações do poder público no período de 1988 a 2010. 2019. Disponível em: https://

www.seer.ufal.br/index.php/revistaimpeto/article/view/9827. Acesso em: 20 jun. 2024.

MILANI, Ana Maria Rita; OLIVEIRA, Rejane Soares. **Cooperativismo no bairro Vergel do Lago na Lagoa Mundaú – Maceió, Alagoas e a criação da Cooperativa de Trabalho das Marisqueiras Mulheres Guerreiras** (Coopmaris). 2021. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/8473>. Acesso em: 20 jun. 2024.

PIMENTEL, Flora Clarissa Cardim. **A vida no morro enquanto o desastre não acontece:** faces da injustiça socioambiental na cidade do Recife. 2020. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/revistadaufmg/article/view/21639/28916. Acesso em: 20 jun. 2024.

ROLNIK, Raquel. **São Paulo**: O planejamento da desigualdade. São Paulo: Fósforo, 2022.

SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do Direito à Moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p. 803-826.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. 2008. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/

sites/default/files/anexos/32734-40344-1-PB.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

SARMENTO, George. As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade. *In*: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio (Org.). **Educação em Direitos Humanos e Diversidade**: diálogos interdisciplinares. Maceió: Edufal, 2012. p. 109-128.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

18. PERSPECTIVAS CRIMINOLÓGICAS, GUERRA ÀS DROGAS E CONTROLE SOCIAL: TRAJETÓRIAS DO PUNITIVISMO NEOLIBERAL

Eraldo Silveira Filho

INTRODUÇÃO

O estudo visa à compreensão das perspectivas criminológicas como fio condutor para uma assimilação situada historicamente acerca do direito penal como elemento de coesão para o controle social do poder dominante, incluindo o fenômeno da guerra às drogas e o sentido perseguido pelo punitivismo neoliberal contemporaneamente, na transição do século XX para o XXI.

A contextualização da guerra às drogas, por sua vez, busca indagar expressões de transição histórica que conectem a instrumentalização do poder punitivo à mercê de critérios econômicos e ideológicos de dominação, desde a esfera internacional. A propósito, seria a guerra às drogas um mecanismo da seletividade penal? O texto propõe tal reflexão atravessando o sentido utilitário dos estereótipos para o proselitismo moral e a respectiva legitimação ideológica do poder punitivo. Ainda, ilustram-se dados disponíveis no Sistema Nacional de Informações Penais (Sisdepen), sobre a relevância quantitativa do encarceramento correspondente à guerra às drogas na estrutura carcerária brasileira.

O texto se subdivide em três subseções. Na primeira, situamos o entrelaçamento das perspectivas criminológicas historicamente, demarcando-se conceitualmente a criminologia como o estudo do direito penal na sua ampla dinâmica social, é dizer, da norma penal interrelacionada com o criminoso, a vítima e a respectiva reação social. Na segunda, pontuamos ilustrações históricas e internacionais da guerra às drogas, tencionando aspectos morais e políticos, além da descrição de dados quantitativos desse escopo repressivo na ocupação

carcerária brasileira. Na terceira, seguindo o obscurantismo da guerra às drogas, abordamos com maior profundidade a influência do neoliberalismo no punitivismo contemporâneo, determinante de uma doutrina militarizada de criminalização da contrainssurgência ideológica.

A metodologia partiu inicialmente da revisão da produção de autores referenciais na criminologia brasileira; e consulta às obras originais de fontes referenciadas pela bibliografia inicial. Merece destaque a referenciação ao livro *O direito penal da guerra às drogas*, de Luís Carlos Valois, assim como outras produções bibliográficas estrangeiras, aqui utilizadas, e pertinentes à amplitude do tema. Além disso, realizamos pesquisa documental na base de consulta virtual do Sistema Nacional de Informações Penais (Sisdepen), acerca da proporção quantitativa do encarceramento relacionado à guerra às drogas no Brasil.

A CONSTRUÇÃO DA CRIMINOLOGIA COM O ENTRELAÇAMENTO DE SUAS DIFERENTES PERSPECTIVAS

Para iniciar este sinuoso trajeto analítico de entrelaçamento de teorias criminológicas com o intuito de extração de um conhecimento que se repute aproximado ao científico na sua seriedade e nas suas tendências constitutivas, cobra pontuar que essa denominada condição científica não é admitida sem contrastes.

Nilo Batista, na sua obra *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, em que aborda igualmente a criminologia, compôs justamente esses contrastes. Para tanto, partiu da demarcação conceitual da criminologia como o estudo da norma penal em sua ampla dinâmica social, mediada pelo seu desvio e correspondente reação. Todavia, salientou a existência de posicionamentos tidos como mais restritivos e delimitados ao aspecto causal-explicativo do fenômeno criminal, aos quais se questionou a utilidade, porque refratários à profundidade da criminologia; e submissos à esquizofrenia metodológica de criar dois

mundos incomunicáveis na mera perspectiva do ser e do dever-ser. Observou, ainda, que essa esquizofrenia metodológica acarreta um proposital isolamento, comprometido com o desprezo pela realidade[1].

Em função disso, Nilo Batista desaprovou a criminologia positivista por ela não questionar o direito penal no ângulo da sua construção política, mantendo um silêncio estratégico e submisso a "vetustas bases morais, a partir das quais se instalaram instrumentos de controle social", silêncio este que, na verdade, por mais paradoxal que possa soar, cumpre um papel político, aquele "de legitimação da ordem estabelecida"[2]. Em contraste, o patrono da criminologia crítica brasileira, na sua naturalmente introdução crítica ao direito penal brasileiro, ultrapassa considerações sobre as escolas sociológicas circundantes da teoria durkheimiana, para salientar a sua inclinação e, mais ainda, a importância da criminologia crítica, vertente acadêmica que reúne tendências questionadoras da dogmática penal, com amparo no materialismo histórico-dialético. Nessa perspectiva, a criminologia crítica visa ao esquadrinhamento prático das contradições que envolvem a dogmática penal e as instituições incumbidas de levá-la a efeito, em paralelo com o desenho estrutural de outras instituições de controle social, tais como unidades de medidas socioeducativas de adolescentes, acolhimento de adolescentes e crianças, assim como hospitais e escolas[3].

De seu turno, Vera Malaguti Batista[4] demarcou o panorama do pensamento criminológico fixando a noção da correspondente genealogia. Nesse intento, assinalou a relevância das transformações situadas cronologicamente desde o século XIII, a partir do desenho do poder punitivo composto pelas noções "de infração e pena pública". Depreendeu inegáveis influências do "acontecimento político da

1 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 27-28.

2 Idem, p. 30.

3 Idem, p. 32-33.

4 BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 31.

Inquisição" e do respectivo modelo punitivo, que acabou produzindo o fenômeno da "expropriação do conflito em favor do Estado embrionário", acompanhado da burocratização e, independente de uma solução efetiva, da união simbólica da "culpa com o castigo".

Igualmente, valendo-se da referência de Zaffaroni e Nilo Batista, Malaguti[5] salientou, num panorama temporalmente espaçado dos discursos criminológicos, "a Inquisição como o primeiro discurso criminológico moderno" e a similitude do estereótipo entre as figuras do então herege e do atual traficante. Seguindo o seu tear, de construção social e situação histórica da criminologia, aportou o pensamento incisivo e, a um só tempo, reflexivo de Foucault, a respeito da divisão da ideia de controle dos indesejáveis em dois modelos: o excludente, ilustrado por um sentimento equivalente a um leprosário; e o inclusivo, ilustrado pela noção teológica de expurgo da peste espiritual por meio da disciplina. O primeiro modelo se traduz em aproximação mais consentânea aos estabelecimentos prisionais, tais como presídios e penitenciárias; e o segundo modelo, ao seu turno, alcança a representação dos estabelecimentos de clausura religiosa, tais como conventos e seminários.

O discernimento social e historicamente pautado, na trilha do desenvolvimento textual de Vera Malaguti, sempre encontra ressonância na compreensão da criminologia envolta com a instrumentalização do poder punitivo pela burguesia, na condição moderna e contemporânea de classe social dominante. Assim, avoluma saberes "a favor das racionalizações necessárias ao processo de centralização de poder"[6].

Como expoente do liberalismo jurídico e da estratégia epistemológica de enquadramento teórico do poder, surge a figura de Cesare Bonesana, posteriormente identificado como representante da Escola Clássica do pensamento criminológico. Em 1764, Cesare, também conhecido como Marquês de Beccaria, compusera a

5 Idem, p. 32.
6 Idem, p. 32.

ressonante obra bibliográfica intitulada *Dos delitos e das penas*, em que se exaltou, como mais uma vez bem pontua a professora Malaguti Batista[7], o princípio da legalidade como verdadeira trincheira de defesa da sociedade e, ao mesmo tempo, bastião de resistência em face do absolutismo monárquico.

Por incrível que pareça, o livro de Beccaria foi recebido como revolucionário e pecaminoso para a sociedade da época. Não por menos, teve que ser publicado anonimamente. Ainda, cumpre acentuar a correlação contratualista entre previsibilidade e legalidade que vararam os escritos compilados por Beccaria, com o intento de que o poder punitivo necessitasse ser dotado de utilidade para a prevenção social, refletindo tal premissa na limitação desse mesmo poder[8].

Indo além na linha do tempo, o positivismo criminológico, surgido no fim do século XIX, transpôs uma ruptura de cunho racista no equilíbrio racional sugerido pelo pensamento iluminista. A criminologia positivista alegou o reconhecimento psicossomático das características de um delinquente, restando representada na sua obra de referência, *O Homem delinquente,* concebida pelo médico Cesare Lombroso e datada de 1876, em que expressou a tese do atavismo causal, pelo qual as características de um delinquente são transmitidas naturalmente pela respectiva hereditariedade, uma espécie de antropologia criminal[9].

Angulando-se minimamente a percepção temporal e espacial dessa proposta do positivismo criminológico, é possível ter em conta que tais características atávicas e distintivas de classificação encontrar-se-iam notadamente na população marginalizada daquela época.

Noutro giro, Gabriel Anitua[10] sinalizou o pioneirismo do trabalho de Émile Durkheim, que, desde o fim do século XIX, capitaneara a edificação de um estudo rigoroso da sociologia, reconhecida como

7 Idem, p. 38-39.

8 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 160-162.

9 Idem, p. 297-303.

10 Idem, p. 438.

sociologia moderna. Durkheim seguiu a premissa de que afirmações gerais postuladoras de validade universal não captariam o movimento concreto da sociedade. Baseou-se num enfoque racional da sociedade, passível da observação reveladora da externalização de causas e efeitos de comportamentos humanos. Essa externalização do comportamento humano não se confundia com a afirmação de leis gerais, mas configurava a percepção de relações tradutoras de forças sociais que influenciariam comportamentos. Em suma, Durkheim defendeu que a análise do indivíduo não era capaz de explicar a realidade social, dado que as escolhas individuais são "condicionadas pelas diferentes circunstâncias sociais"[11].

Com precisão, Juarez Cirino dos Santos[12], ao espelhar a construção intelectual de Durkheim, explicitou que a obra de Durkheim tivera por mérito a percepção socioestrutural do comportamento humano. Nesse horizonte, vislumbra-se que Durkheim exercitou a racionalidade metódica para extrair as tendências socioestruturais condicionantes da permanente articulação entre os indivíduos e as correspondentes camadas sociais.

Daí emergem, conforme o clareamento do horizonte durkheimiano por Juarez Cirino dos Santos[13], as causas estruturais do comportamento criminoso, mediadas pelo conceito de anomia que vai ressoar por toda a criminologia sociológica do século XX.

Para Émile Durkheim[14], distinguir fatos sociais propriamente ditos impõe divisar o objeto das ciências sociais, mais propriamente da sociologia, em relação ao das ciências naturais. Esses fatos sociais propriamente ditos são dotados de coercibilidade social, senão direta, ao menos indireta, a nível de constrangimento, isto é, resistência coletiva pela sua violação. A título de ilustração, Durkheim indica as

11 Idem, p. 439.

12 SANTOS, Juares Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 94.

13 Idem, p. 98-102.

14 DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 01-04.

expectativas sociais atribuídas a determinadas posições no quadro geral da coletividade, como as de irmão, marido, profissional, ou cidadão mesmo, é dizer, atribuições, maneiras de agir, pensar e até sentir, conferidas pela atmosfera social, em qualquer uma de suas expressões, tais como direito, religião, educação, idioma e moedas oficiais, costumes em sentido amplo.

Na esteira desse pensamento, a organização da sociologia como disciplina científica, no limiar do século XX, passa a permear a questão criminal com suas observações, levando à ascendência de sociólogos no ritmo da pesquisa criminológica, em substituição à pretensa atividade de domínio neste campo de pesquisa, antes realizada por médicos, juristas, filósofos ou teólogos.

A propósito, calha ter em mente que o pragmatismo, conjugado com o empirismo da denominada filosofia da ação, marcou a práxis da sociologia que galgou a hegemonia da produção doutrinária criminológica nos Estados Unidos desse período.

Ilustrativamente, esse momento de protagonismo da sociologia nos estudos criminológicos acabou simbolizado pelo realce dado à chamada Escola de Chicago, denominação representativa, naquela época, de uma corrente de pensamento ligada à pesquisa empírica de cunho pragmático e qualitativo.

Sobre a produção teórica dessa marcante corrente de estudos criminológicos, Juarez Cirino dos Santos[15] alude a influência nas seguintes teorias sociológicas: teoria da anomia; teoria ecológica; teoria da desorganização social; teoria da associação diferencial (subculturas); e teoria/perspectiva do etiquetamento (*labeling/labelling approach*).

A rigor, as derivações dessa criminologia proeminente de base sociológica norte-americana do início do século XX possui intersecção com o sentido téorico-explicativo de tensão ou pressão anômica. O entendimento de que o desestímulo normativo pela escassez de meios

15 SANTOS, Juares Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para a crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 109-187.

legítimos para o alcance pleno das metas culturais da sociedade de consumo pode induzir a um quadro anômico[16].

Por esse caminho, os problemas sociais eram tidos não mais como obstáculos insuperáveis para a perspectiva teórica; e sim como ponto de partida de proveitosas investigações empíricas que pudessem contribuir para o aprofundamento da produção teórica[17].

Indo além da discussão causal bifurcada entre sustentações de aspecto individual ou social, vale assinalar a particularidade da perspectiva do etiquetamento (*labeling approach*), que se lançou à expansão desse horizonte meramente dicotômico. A partir do modelo de construção social do interacionismo simbólico, que se propõe a questionar o compartilhamento de sentido da ordem social pelo incessante processo de interação, o *labeling approach* supera a mera abordagem ontológica (essencialista) da discussão acerca de qual seria a causa do crime, para enfocar o etiquetamento derivado dos processos sociais de criminalização como determinante para a configuração do crime, notadamente pela expressão estrutural da seletividade[18].

Em que pese o *labeling approach* (abordagem da rotulação ou perspectiva do etiquetamento) possa já ser considerado uma vertente sociológica de conflito, por propor claramente a ruptura com o antecedente paradigma de um consenso social, convergente quanto à questão causal da criminologia, ele acaba não se confundindo com a criminologia crítica; e servindo mais como uma perspectiva de transição para esta, contanto que a criminologia crítica se proponha ao maior aprofundamento da problemática da constituição ideológica dos mecanismos de socialização.

Inegavelmente, falar de criminologia crítica é falar do conflito de classes da sociedade capitalista. No ponto, Marx sintetiza o alcance da sua dialética materialista, desde a amplitude conceitual até a

16 Idem, p. 110-112.

17 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 410.

18 SANTOS, Juares Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 168-172.

reconstrução do concreto pelo entrelaçamento das determinações pormenorizadas da sociedade, conjugando seus elementos básicos, tais como classe social, trabalho assalariado, capital, troca, divisão do trabalho, exploração, exclusão social, preço[19].

Aliás, nesse tema da conjugação do *labeling approach* com o materialismo dialético de Marx, para daí extrair a mediação constitutiva da criminologia crítica, como sugerido pelo próprio Juarez Cirino dos Santos[20], é deveras interessante consultar o sempre pronunciado livro *The New Criminology: for a social theory of deviance*, escrito por Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young.

Os autores denunciam o capitalismo como ambiência favorável para a disseminação de um clima moral desviante, fomentado pela expoliação incessante levada a efeito pelos segmentos de poder desse modelo econômico. Da mesma forma, propõem a percepção do crime como ação dirigida a antagonismos econômicos, compreendidos dentro da dinâmica social. Por fim, reclamam assumir a tarefa de possibilitar a leitura de uma sociedade em que a diversidade humana não esteja submetida ao arbítrio punitivo do poder dominante[21].

Calha enfatizar, nessa altura, que o horizonte reflexivo da criminologia crítica, de fato, é a percepção da criminalidade produzida pela contradição entre a concentração do capital e a correspondente escassez econômica. Trata-se de uma teoria fundada no materialismo dialético como método analítico das nuances criminológicas da divisão de classes.

Com esse horizonte crítico em mente, Alessandro Baratta salienta, pelo menos, quatro estratégias para uma política criminal alternativa[22]. Primeira, compreender a diferença entre política

19 Idem, p. 221-223.

20 Idem, p. 241.

21 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. ***The New Criminology****: for a social theory of deviance* (livro eletrônico). Londres: Taylor & Francis e-Library, 2003. p. 234, 236, 282.

22 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia jurídico-penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 200/205.

penal e política criminal, sendo aquela voltada à punição e esta dotada de maior amplitude institucional, além de lúcida dos limites daquela. Segunda, explicitar a desigualdade irradiada pelo direito penal, invertendo a atual política institucional de benevolência com a criminalidade econômica e severidade com as classes subalternas. Terceira, avaliar criticamente a utilidade social da instituição carcerária, ampliando regimes penais de semiliberdade, assim como estimulando a reinserção cooperativa dos presos com a sociedade, especialmente por meio da consciência de classe. Quarta, reverter a indução de um quadro de alarme social na opinião pública, procedido pela mídia de massa a serviço da construção da ideologia justificadora das classes dominantes, no sentido de um sistema de crenças usado para mascarar a realidade e justificar o *status quo* desses mesmos grupos dominantes.

Na mesma esteira de profusão, cumpre registrar o entrelaçamento da criminologia feminista. Aliás, Carmen Hein de Campos[23] assinala que a criminologia feminista faz parte do escopo da criminologia crítica.

Ilustrativamente, a autora recomenda três pilares analíticos para a assimilação do espectro de relevância da criminologia feminista. Primeiro, a intensa vulnerabilidade das mulheres apagadas pela exploração histórica, tais como mulheres negras, faveladas, enlutadas pela violência, do mesmo modo que as mulheres indígenas e rurais, na mesma luta por representação e reconhecimento. Segundo, em conjugação com os estudos *queer*, a violência homofóbica e misógina, sofrida pelas mulheres lésbicas e transsexuais. Terceiro, a violência doméstica, que se traduz num inegável desafio criminológico contemporâneo, diante da demanda elevada de ocorrências reportadas ao sistema de persecução penal em aproximadamente duas décadas de vigência da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/06[24].

23 CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia feminista**: teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen, 2017. p. 280-285.

24 BRASIL. **Lei 13.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido;

Nesse horizonte profundamente complexo, o entrelaçamento das teorias ou perspectivas criminológicas propicia observações e ponderações infinitas. Certamente, este recorte textual não encerra os desdobramentos analíticos dessas perspectivas criminológicas.

Em continuidade, vislumbramos a relevância da conjugação ativa das perspectivas aqui tracejadas, com o propósito de manter a permanente mediação transversal dessas e outras perspectivas correlacionadas para a superação da aparência alienante do objeto da pesquisa criminológica.

A GUERRA ÀS DROGAS COMO MECANISMO DA SELETIVIDADE PENAL

No desdobramento do cenário problematizador inerente à percepção e, mais do que isso, à construção da criminologia como ciência social, calha enfocar a política de combate às drogas levada a efeito desde a esfera internacional, até a esfera nacional, dada a centralidade da política criminal e sobretudo penal que tem como objeto a difusão ilícita de drogas.

Em âmbito nacional, além do mandado expresso de criminalização previsto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal[25], a política penal de repressão ao tráfico ilícito de drogas tem sua base legal demarcada na Lei 11.343/06[26], em que pese se tratar da chamada norma penal em branco heterogênea. Ou seja, com necessidade de

estabelece normas para repressão ao tráfico ilícito de drogas. [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

25 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

26 BRASIL. **Lei 13.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido; estabelece normas para repressão ao tráfico ilícito de drogas. [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

complementação normativa por ato administrativo[27] para a definição de quais são as drogas, o qual se reproduz atualmente na Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde e respectivas atualizações[28].

A aludida centralidade dessa demanda repressiva na nossa política criminal se infere, por exemplo, dos dados de encarceramento, que demonstram considerável saliência da representatividade dos tipos penais previstos na Lei Antidrogas (Lei 11.343/06) no quadro da consulta da quantidade de tipificações penais do Sistema Nacional de Informações Penais[29] (Sisdepen, https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen). Cabe anotar que tal consulta não inclui dados de pessoas presas em estabelecimentos sob custódia das polícias civis, militares ou federal, tais como carceragens de delegacias, batalhões e superintendências.

Ilustrativamente, considerando a disponibilidade da atualização do Sisdepen até o final do segundo semestre de 2023, na consulta selecionando os dados de pessoas presas em celas físicas, retornou-se o quantitativo de 199.731 para incidência de tipos penais da Lei Antidrogas (na divisão por gênero, 185.882 masculino e 13.849 feminino), num universo total de 705.198 de pessoas presas por todos os tipos penais (na divisão por gênero, 678.129 masculino e 27.069 feminino). Ou seja, uma proporcionalidade que beira 30% do total; e, no que diz respeito ao gênero feminino, em torno de 50%. Ainda, ao se analisar a correspondente proporcionalidade com os crimes definidos como hediondos ou equiparados na respectiva regra de regência, a Lei 8.072/90, observamos o quantitativo geral de mais de 50%, tão somente no tocante ao tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06), haja vista que outros tipos da Lei Antidrogas não são considerados hediondos ou

27 MESTIERI, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 75.

28 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

29 Sisdepen. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen. Acesso em: 10 maio 2025.

equiparados, porque não elencados na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90).

Delineado esse panorama situacional do sistema penitenciário brasileiro, consoante os dados disponibilizados na consulta do Sisdepen, retornemos à investigação do influxo da política internacional no âmbito da política nacional de combate às drogas, por meio do sistema penal e subsequente encarceramento.

Luís Carlos Valois, magistrado de naturalidade carioca e radicado profissionalmente no Amazonas, em notável trabalho pormenorizado de pesquisa, reproduzido no livro *O direito penal da guerra às drogas*, inicia um encadeamento da vasta contextualização histórica do proibicionismo colonizador pela ressonante guerra na China do início do século XVIII. Aliás, inaugura o percurso meditativo perquirindo se a guerra do ópio, na verdade, foi contra, a favor ou escamoteada pela mercadoria droga. Isso porque resta curioso que a papoula, correspondente substância do ópio, era utilizada na cultura chinesa desde o século VII. Mais que isso, ainda no século XVII, ou seja, antes da proibição do ópio, consta a proibição do fumo do tabaco na China, proibição da qual, então, originou-se correlatamente a prática do fumo do ópio, que antes era utilizado de outras formas que não a fumada, por exemplo, utilizado na forma de bebida ou comida[30].

Assim, depois de proibir o tabaco, proibição esta que contribuiu para as condições de consumo do ópio fumado, "a China resolveu proibir o ópio também, sob o argumento de que a importação do produto, derivada do aumento do consumo, estava desequilibrando a sua balança comercial, ocasião em que ficou proibido igualmente o plantio da papoula". Porém, essa medida coativa, no sentido da proibição da prática cultural de consumo de um produto cultivado agricolamente resultou em ainda maior desequilíbrio da balança comercial chinesa, visto que navegadores ingleses continuaram a comercializar o ópio, mesmo que clandestinamente, isto é, a despeito

30 VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 35-36.

da legislação proibitiva, beneficiando-se, assim, do próprio cenário repressivo[31].

Na sequência dessa disputa comercial, a própria Inglaterra "resolveu impor a venda à China pela guerra", em defesa do livre comércio, sob a justificativa de que "os ingleses tinham todo o direito de fornecer um produto que o povo chinês queria comprar, e o imperador não tinha o direito de impedir", não obstante o discurso já existente de que as drogas eram nocivas. Repare-se que a guerra do ópio basicamente se equiparava à atual guerra às drogas, porém com um sentido invertido: a potência naval do Império Inglês colonizador impunha o comércio do ópio, na condição de traficante da mercadoria, e era da China que emanava a política proibicionista[32].

O professor Valois[33] esquadrinha, no ponto, que as repercutidas guerras do ópio se estenderam entre 1839-40 e 1856-60, referenciando as compreensões de que o argumentado desequilíbrio comercial refletiu na diminuição do estoque de prata da China; e de que a Inglaterra visava à arrecadação de prata nessa mesma balança comercial para adquirir o chá, mercadoria de consumo deveras destacado na cultura inglesa.

Todavia, controverte que, nesse rumo de coisas, não deveria haver maiores problemas, contanto que houvesse interesse justamente numa mercadoria chinesa a título de troca correspondente na balança comercial. Existiria uma troca legítima de ópio fornecido pela Inglaterra por chá fornecido pela China. Porém, na cobiça por mais riquezas as coisas não são assim tão simples, existiam outros fatores de complexificação desse comércio, como os inúmeros intermediários do mesmo escopo negocial, sejam eles pessoas ou países[34].

Desde esse exemplo seminal, nota-se que a imposição de um mercado estabelecido na clandestinidade forma infinitas redes transacionais, que se favorecem precisamente da ilicitude desse

31 Idem, p. 37.
32 Idem, p. 38.
33 Idem, p. 39.
34 Ibidem.

mesmo mercado. É dizer, o proibicionismo artificial de mercadorias inseridas na circulação do consumo favorece o correspondente valor de mercado dessas mercadorias, desde a influência recíproca entre demanda e oferta. Afinal, as leis do mercado não seguem exatamente as leis convencionadas pelo parlamento, menos ainda aquelas decretadas verticalmente pelo arbítrio estatal[35].

Ademais, valendo-se dessa demarcação histórica, o professor Valois salienta a manipulação discursiva como mecanismo inerente à política proibicionista e à imposição da clandestinidade ao fenômeno social da circulação de drogas. Perceba-se, a propósito, que a questão desnudada verte o desvio de atenção dos reais problemas que aflingem a sociedade. Tanto é que depois de 1870, com a então legalização da importação de ópio na China e ainda do próprio plantio da papoula em terras chinesas, o parlamento inglês passou a considerar o tráfico de ópio uma atividade injustificável[36].

O pesquisador prossegue a contextualização histórica das origens do proibicionismo das drogas pontuando uma aparente contradição dessa ideia de proibicionismo com a ideia de livre mercado, livre mercado este, como se sabe, inerente ao sistema capitalista[37].

Por sinal, faz recordar que não só a Inglaterra lucrou com a imposição do tráfico de ópio à China, como também outros países. Dentre os quais os Estados Unidos, de onde se originavam companhias de transporte naval lucrando com as remessas de ópio de terras indianas à costa chinesa[38].

Não obstante os lucros destinados à irrefreável manutenção de riquezas incentivadas pelo livre mercado, alguma ideologia moral foi indispensável para estruturar a imposição do poder pelo capital, além do exercício da força. Aliás, esse aspecto ideológico do alcance do sonho americano pelo estímulo ao lucro desmedido direcionado ao consumo incessante posteriormente é criticado por Merton nos

35 Idem, p. 40-44.
36 Idem, p. 45.
37 Idem, p. 52.
38 Idem, p. 48-49.

seus aportes que desenvolvem a teoria da anomia no tocante ao comportamento criminológico[39].

O assentamento do proselitismo moral como padrão de uma sociedade sóbria e moldada pela prosperidade do consumo foi objetivado pelos movimentos religiosos que estimularam legislações proibicionistas nos Estados Unidos a repercutir num correspondente regime global proibicionista. Assim, interesses econômicos embaralhados com pregações religiosas e desconhecimento mitificador a respeito das drogas fincaram raízes na cultura ocidental e no discurso punitivista do ideal penitenciarista[40].

A par disso, desde o século XIX, os Estados Unidos destilaram um sentimento imperialista em relação à América Latina. Nesse influxo político, a guerra às drogas acabou servindo como mais um instrumento útil ao projeto de expansão dos interesses norte-americanos, especialmente no tocante à América Latina[41].

Sob a prevalência de interesses econômicos, conjugados simplesmente com preferências de ordem pessoal, ou burocráticas, os Estados Unidos se arrogavam, notadamente no transcurso do século XX, em capitanear o exercício de uma narcodiplomacia, para o estabelecimento das diretrizes de repressão internacional às drogas[42].

O magistrado amazonense assinala que "a comparação com o álcool sempre esteve presente desde os primeiros pensamentos proibicionistas, juntamente com a tendência de se relevar a maior gravidade da droga consumida pela elite"[43].

Essa tendência de inegável influência na constituição do objeto de repressão da guerra às drogas reflete precisamente a observação retratada pela perspectiva do *labeling approach* de que o fenômeno criminal não é contido por uma causalidade ontológica, é dizer, própria

39 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. ***The New Criminology****: for a social theory of deviance* Londres: Taylor & Francis e-Library, 2003. p. 94.

40 VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

41 Idem, p. 55-56.

42 Idem, p. 57-58.

43 Idem, p. 60.

e indissociável, seja ela individual ou social. O fenômeno criminal, notadamente no que diz respeito à criminalização decorrente das drogas, deriva de movimentos estruturais de etiquetamento que parte de pessoas ou grupos detentores desse poder de estigmatização contra pessoas ou grupos selecionados para sofrer o estereótipo criminal[44].

A propósito, Rosa del Olmo[45] acentua que "os estereótipos servem para organizar e dar sentido ao discurso dos interesses das ideologias dominantes; por isso, no caso das drogas se oculta o político e econômico, dissolvendo-o no psiquiátrico e individual".

A mesma autora faz uma reflexiva observação a respeito da repressão nos Estados Unidos durante a década de 60, que se caracterizou como um período de propagação da contracultura, aliada a movimentos de protesto político. Para além do estereótipo dos marginalizados, o consumo coletivizado da maconha passou a simbolizar a contracultura de conscientização dos direitos da minoria por parte da juventude branca, motivo pelo qual o presidente Nixon declarou o combate às drogas como pauta de emergência nacional, fixando a correspondente ideia do inimigo interno[46].

Seguindo essa política de guerra às drogas especialmente no transcorrer das décadas seguintes, por seus sucessivos presidentes, o governo dos Estados Unidos patrocinou a formação de um verdadeiro consenso internacional direcionado à erradicação das drogas do planeta. Em 1998, por exemplo, num encontro realizado no prédio da ONU em Nova Iorque, tal consenso chegou a estabelecer a meta de eliminação das drogas do planeta Terra em dez anos[47].

Porém, na perspectiva aqui explorada, a complexificação histórica das interações sociais implicam susceptibilidades que ultrapassam a coercitividade das declarações das autoridades detentoras do poder,

44 SANTOS, Juares Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição (livro eletrônico). São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 171.

45 OLMO. Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 25.

46 Idem, p. 33/36.

47 BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra:** a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas**.** São Paulo: Leya, 2011. p. 23.

demandando, além disso, a percepção da materialidade do confronto de forças a se equilibrar na sociedade.

O PUNITIVISMO COMO INSTRUMENTO DO NEOLIBERALISMO

Retomando com uma ilustração de Rosa del Olmo[48] acerca da indagação do que caracteriza uma substância como droga, a resposta pode ser endereçada como, por exemplo, "uma substância, que injetada em um cachorro, produz uma pesquisa". A imagem exemplificada serve para manifestar como a amplitude que envolve o tema das drogas num negócio deslumbrante, tanto no aspecto econômico quanto no político. Todavia, esse mesmo excesso de luminosidade jogado sobre o tema reproduz a sua face oculta, que se converte em mitificação e corresponde à criação de estereótipos para instrumentalizar o sempre útil discurso político da luta do bem contra o mal.

De sua vez, o sociólogo francês Henri Bergeron[49], pesquisador da temática das drogas, aponta, no livro *Sociologia da droga*, que a classificação meramente jurídica da ilicitude de uma droga acaba por se revelar imprópria, tendo em conta que a nocividade de uma droga não decorre dela mesma, mas do mau uso que dela se faz. Afinal, no horizonte histórico, a fronteira entre substâncias lícitas ou ilícitas se mostra deveras permeável.

Não obstante, Bergeron[50] conceitua uma substância como droga, seja ela natural ou sintética, diante da capacidade de essa substância "mudar os estados de consciência". Em complemento, elenca a seguinte classificação: drogas psicodepressoras, marcadas pela ação calmante ou ansiolítica, tais como álcool, opiáceos, barbitúricos, tranquilizantes; drogas psicoestimulantes, marcadas por efeitos estimulantes tais como cocaína, crack, anfetamina, ecstasy, cafeína, nicotina; drogas psicodislépticas, marcadas por efeitos

48 OLMO. Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 21.
49 BERGERON, Henri. **Sociologia da droga**. Aparecida: Ideias & Letras, 2012. p. 08-09.
50 Idem, p. 13.

alucinógenos, tais como LSD, cogumelo, haxixe (maconha); e outros remédios com efeitos psicotrópicos, ou seja, dotados de fórmula passível de influenciar a atividade cerebral.

O sociólogo francês[51] repara que, apesar de o consumo de psicoativos ser um fenômeno antigo no transcorrer dos séculos, notadamente a partir do século XIX e do XX o seu uso intensivo acaba por se identificar com operários e pobres, no subsequente propósito prático de se valer dessas substâncias para suportar uma existência agonizante[52].

Ademais, chama a atenção para dois grupos relevantes de substâncias convencionalmente lícitas e ilícitas: pelo primeiro, álcool, tabaco e café; e pelo segundo, ópio, maconha e coca. No ponto, enfatiza que esses dois grupos conquistaram o mundo, numa espécie de vocação globalizada, porque se compatibilizaram com as exigências materiais do capitalismo moderno, no sentido da adaptação a melhores resultados logísticos e lucrativos para a distribuição, bem ainda da adaptação com a disciplina do trabalho para o consumo[53].

Ricardo Jacobsen Gloeckner[54], em densa pesquisa crítica sobre a temática do neoliberalismo, assevera a existência de "um profundo imbricamento entre militarismo e neoliberalismo", assim como sublinha a militarização da política como elementar ao processo de despolitização da sociedade.

Aliás, Gloeckner anota a ausência de uma crença na mera capacidade natural de autorregulação do mercado como elemento distintivo do neoliberalismo em relação ao liberalismo clássico. Desse modo, o neoliberalismo propõe como indispensável uma intervenção originária dos grupos dominantes do capital na delimitação da normatividade, seja ela jurídica, fiscal ou econômica, o que naturalmente, em última análise, resta traduzido em disciplinas

51 Idem, p. 19.

52 Idem, p. 23-26.

53 Idem, p. 26-27.

54 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. p. 296.

neoliberais (exploração das relações materiais a serviço do capital) sobre os corpos dos governados, "em um processo que envolve a doutrina militar e a criminalização da contrainssurgência"[55].

O pesquisador gaúcho prossegue suas sutis e, ao mesmo tempo, impactantes referenciações, remetendo à noção de que o neoliberalismo materializa um liberalismo militarizado, uma vez que, para além do dinheiro, a ideologia da guerra e o domínio do Estado são outros dois pilares fundamentais para o controle social neoliberal[56]. Em outras palavras, "as forças militares precisam garantir as condições para o funcionamento do mercado mundial", configurando-se a permanência de um forte aparato militar como expressão da lógica neoliberal. Nesse contexto, é indispensável a manutenção premente de uma ilustração inimiga, seja esta ilustração, alternativa ou cumulativamente, na figura da guerra contra o comunismo, da guerra às drogas ou da guerra contra o terrorismo. Tudo isso, porque tal cenário de urgência maniqueísta reflete mecanismos essenciais à política neoliberal, como, por exemplo, pretexto para localização, isolamento e destruição de minorias subversivas, bem como adesão da população à ideologia imposta pelos grupos que exercem o poder de comando, a serviço do capital[57].

No Brasil, considerando o período de vigência da Constituição de 1988, é inegável que esse processo de militarização da política teve sua culminância no governo Bolsonaro. Outro aspecto de materialização indisputável é o enfrentamento da criminalidade urbana por meio da militarização da segurança pública, seja esta militarização decorrente da atuação das polícias militares mais propriamente, seja decorrente das chamadas operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), em que se colocam literalmente as forças armadas na linha de frente do policiamento urbano[58].

55 Ibidem.

56 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. p. 297.

57 Idem, p. 298.

58 Idem, p. 299.

Desse fenômeno ressai "uma inseparabilidade entre policiamento, inteligência e militarismo", estruturando, como elemento de coesão, uma verdadeira governamentalidade criminal. Por sinal, nessa mesma ambiência ideológica que foi desenvolvido em Nova Iorque o denominado policiamento de tolerância zero, no sentido de política urbana militarizada como maior expressão de um Estado forte, a serviço do capital, em detrimento de políticas de bem-estar social[59].

Luís Carlos Valois[60], de sua vez, adverte a verificação de que o sistema policial internacional, patrocinado pelos Estados Unidos e direcionado pelo mote da guerra às drogas, é conformado por práticas alheias a um sistema de contenção jurídica, conformação alheia esta com a qual os demais governos vão se acostumando sem questionamento, isto é, em verdadeira submissão. Por oportuno, Valois remete ao conteúdo do relato publicizado por Michael Levine, ex-agente do DEA (*United States Drug Enforcement Administration*), departamento de combate às drogas do governo dos Estados Unidos[61].

Levine era agente do DEA na Argentina e narrou sobre as atividades da respectiva agência em países da América Latina, incluindo o Brasil, em obra publicada ("A grande mentira branca: a CIA e o combate ao narcotráfico em relato surpreendente"). Sob o pretexto de levar a efeito a guerra às drogas internacional patrocinada pelos Estados Unidos, as operações realizadas pelo DEA se davam deliberadamente à margem da lei, como, por exemplo, utilizando-se dos seguintes meios: corrupção, tortura, golpe de Estado, suborno e troca de favores com traficantes que serviam como informantes. A rigor, ao aprofundar a análise das atividades empreendidas em retrospecto, é possível se chegar à conclusão de que, quanto mais o

59 Idem, p. 300.

60 VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 303-304.

61 Idem, p. 310.

governo estadunidense se envolvia na guerra às drogas, mais longe se via dos objetivos declarados[62].

Pior que isso, existem registros ainda mais fortes dos desvios empreendidos envolvendo a guerra às drogas com o combate ao comunismo na Ásia e na América Latina.

Com o intuito de afetar o avanço soviético no Afeganistão, o governo dos Estados Unidos atuou pela CIA (*Central Intelligence Agency*), sua agência de inteligência, para conceder "aos líderes anticomunistas locais certa imunidade na atividade destes com o tráfico de drogas, facilitando a compra de armas e munições"[63]. Ainda, nessa mesma conjuntura, em oposição ao governo da Nicarágua alinhado com à influência soviética na América Latina, também por meio da CIA, o governo estadunidense assentiu com o tráfico de drogas destinado ao financiamento da contrarrevolução empreendida pelo denominado grupo Contras, em escândalo envolvendo declaração de apoio a tal grupo pelo presidente Ronald Reagan, assim como investigações em face do tenente-coronel Oliver North, integrante do Conselho de Segurança Nacional dos Estados Unidos[64] .

Em paralelo, Michele Alexsander[65], em relevante obra acerca do fenômeno do encarceramento em massa nos Estados Unidos, rememora que o ápice do discurso de militarização policial a serviço da guerra às drogas se deu oportunamente sob a figura de Ronald Reagan, em que pesem também inegáveis contribuições de outros presidentes que passaram pela Casa Branca no transcurso da história recente, como, por exemplo, Richard Nixon, George Bush (pai e filho) e Bill Clinton. Durante sua própria campanha da corrida presidencial, Reagan já se utilizou de uma retórica ideológica de cunho moralista, correlacionada com o discurso de combate às drogas ou à criminalidade, a fim de, na prática, induvidosamente atingir por

62 Idem, p. 312-313.

63 Idem, p. 314.

64 Idem, p. 314-315.

65 ALEXANDER, Michele. **A nova segregação**: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 93-103.

via oblíqua a população marginalizada, em grande parte composta por imigrantes latinos e negros. Discursos de endurecimento contra o crime e desapreço às políticas de assistência social foram temas candentes da retórica de Reagan, direcionados a angariar apoio de brancos pobres e dos integrantes da classe operária que pudessem cultivar algum ressentimento da agenda de direitos civis, que revertia a segregação racial. Assim, a ascensão de Ronald Reagan foi se calcificando com suporte numa retórica racialmente codificada, que utilizava a guerra às drogas como mecanismo de incitação. Afinal, era principalmente por meio dela que encontrava caminho para instrumentalizar a repressão à população marginalizada, àqueles tidos por indignos.

David Garland[66], ao seu turno, tece valiosas observações a propósito dessa guinada para um maior rigor punitivista no âmbito do discurso político, cujo marco inicial se situa por volta da metade para o final do século XX e sobeja representado por lideranças como Margareth Thatcher e Ronald Reagean. Garland contrasta as políticas de pleno emprego e indução de prosperidade patrocinadas pelos governos no pós-segunda guerra com o abandono dessas políticas pelos governos da chamada "Nova Direita", direcionados a um populismo conservador, que optou pela estratégia reacionária de corte de gastos públicos, mercê das forças de mercado, beneficiadas pela desregulamentação da vida econômica.

Nesse cenário, o sociólogo britânico[67] explana uma tendência de afunilamento da criminologia para servir como teorização do controle social, seja como "criminologias da vida cotidiana", seja como "criminologia do outro". As possibilidades de criminologias da vida cotidiana são envolvidas numa espécie de engenharia situacional, pragmáticas e moralmente neutras. Propõem uma integração do sistema, amoral e tecnológica, mas não necessariamente uma integração social, tendo em conta, por exemplo, que a exclusão

66 GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 214.

67 Idem, p. 387-401.

social pode restar justificada para um funcionamento mais harmônico do sistema social. Em distinção, a criminologia do outro significa a criminologia do outro perigoso, ressonante da ideologia neoconservadora, num sentido de "condenar mais e entender menos"[68]. O alicerce dessa tendência é a ênfase sobre o controle, conferindo à polícia e ao seu potencial agressivo de repressão um papel decisivamente central, ligado a noções de custo e benefício, gerencialismo e valores privados de eficiência[69].

Para o entrelaçamento derradeiro do raciocínio, é oportuno se valer do que discorrido reflexivamente por Alessandro De Giorgi[70], dentro de uma perspectiva histórica ampliada: desde a acumulação primitiva, os dispositivos de controle social, envolvendo todos os mecanismos de indução comportamental, submetem a força de trabalho.

Na altura da passagem do século XX para o XXI, com o esgotamento do capitalismo industrial, a ideia de força de trabalho resta convertida numa multidão e no correlato regime de excesso negativo. Em detrimento dos elos sociais, o enfoque de gestão dos excedentes populacionais marginalizados passa a se dar pela difusão do punitivismo neoliberal, direcionado à monetarização dos riscos e ao correspondente atuarialismo penal de normalização da emergência, impondo cada vez mais a dificuldade de distinção entre desviante e precário.

CONCLUSÃO

A busca do entendimento das diferentes perspectivas criminológicas em cotejo com a problemática da guerra às drogas demandou uma visão pluridimensional, para alcançar e assimilar aderentemente a trajetória contemporânea do punitivismo neoliberal.

68 Idem, p. 390.

69 Idem, p. 394-396.

70 GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 83-101.

A trajetória aqui percorrida observou a criminologia brotar do âmbito metódico da sociologia, especialmente a partir do final do século XIX com os aportes de Émile Durkheim a respeito das influências do convívio social no comportamento humano, incluindo o desvio, assim como se desenvolver metodologicamente no transcurso do século XX a partir de sua profusão nos Estados Unidos, desde as observações empíricas da Escola de Chicago passando pelas provocações reflexivas do *labeling approach* para romper com um horizonte de estagnação causal do fenômeno criminal, correlacionada com a artificialidade do consenso da dinâmica social.

Num mundo de percepções e debates cada vez mais rasos, como nos se apresenta nesta primeira parte do século XXI, o desdobramento textual das impressões aqui discorridas não se revelou dos mais simples, conquanto exploratório e com propósito ensaístico.

A propósito, repare-se que a desmaterialização e a liquefação compreensiva da sociedade pautada pelo neoliberalismo obscurecem a similitude estereotipante entre a figura do herege da inquisição religiosa de séculos atrás e a figura do traficante da inquisição neoliberal, ambas as figuras a traduzir a urgência maniqueísta como componente do funcionamento do regime de poder dominante das respectivas quadras históricas.

Portanto, o estudo e o entrelaçamento histórico das perspectivas criminológicas, certamente, possuem o condão de propiciar uma percepção analítica dotada de maior autenticidade acerca dos processos de criminalização e da subsequente seletividade penal.

Entretanto, para além da mera meditação acadêmica da criminologia, a crítica do atuarialismo repressivo de normalização da emergência exige mais, exige uma criminologia ativa, ou, desde os ensinamentos de Lola Aniyar de Castro[71], uma criminologia da libertação, capaz de colaborar como uma opção racional e científica para a desmontagem ideológica do punitivismo neoliberal.

71 CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 198.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michele. **A nova segregação**: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BERGERON, Henri. **Sociologia da droga**. Aparecida: Ideias & Letras, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. **Lei 13.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido; estabelece normas para repressão ao tráfico ilícito de drogas. [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. **Portaria 344 do Ministério da Saúde (Secretaria de Vigilância Sanitária), de 12 maio de 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 8 jul. 2024.

BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia feminista**: teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen, 2017.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLMO. Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

SANTOS, Juares Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

SISDEPEN. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário**. s.d. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen. Acesso em: 13 jun. 2024.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. ***The New Criminology****: for a social theory of deviance* Londres: Taylor & Francis e-Library, 2003.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

19. A TÉCNICA CLÁSSICA DA SUBSUNÇÃO DEDUTIVA APÓS A VIRADA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA: UMA VISÃO ANTIRRELATIVISTA[1]

Raíi Moraes Sampaio de Paiva
Andreas J. Krell

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Num contexto em que o constitucionalismo estava em ascensão desde o período pós-guerra, o processo de redemocratização do Brasil foi formalmente marcado pela promulgação da Constituição de 1988. Como resultado de um complexo processo político, ela reuniu as pretensões mais diversas da sociedade brasileira. Até mesmo grupos minoritários politicamente sub-representados ao longo da história encontraram alguma forma direta ou indireta de proteção jurídica de seus interesses. Mas como conciliar todas essas pretensões na prática cotidiana da aplicação do Direito?

Responder a essa pergunta constitui o cerne dos maiores problemas da aplicação normativa no cotidiano dos operadores do direito brasileiro, inclusive nos ramos mais tradicionais como o Penal e o Civil, já solidificados com seus próprios métodos e costumes, muitas vezes refratários ao caráter *prima facie* contraditório das normas constitucionais. Principalmente em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a aplicação das normas infraconstitucionais deve trabalhar com a ideia de um sistema jurídico como um todo, sobre o qual a Constituição esparrama sua eficácia vinculante[2].

---

1 Texto publicado em 18.04.2023: **Revista do Direito,** n. 67, p. 80-94, maio/ago. 2022. Disponível em https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/16165. Acesso em: 10 jun. 2025.

2 GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 139.

Ao invés de revisar e atualizar sua própria metodologia e de propor reformulações para a metodologia de aplicação do Direito, a dogmática jurídica brasileira tem insistido em importar teorias estrangeiras (até oriundas de outras ciências), de maneira acrítica e descontextualizada. Efeito dessa "cultura" é a reprodução meramente retórica e autoritária de muitos conceitos estrangeiros, inclusive pela prática judicial.

Destarte, ideias de origem filosófica acabam ganhando força no meio jurídico, muitas vezes sem a necessária diferenciação contextual com relação às peculiaridades da ciência jurídica e às características específicas da aplicação normativa. Vários autores fazem referência à chamada "virada" ("reviravolta", "giro") linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica como ponto de partida para propostas radicais, que na prática pouco contribuem para a resolução dos problemas de aplicação do Direito constitucionalizado. Exemplo disso é a exigência de abandonar completamente a prática da subsunção dedutiva como técnica de aplicação de normas jurídicas em razão das "modernas" conclusões trazidas pela virada linguística da filosofia.

O maior problema dessas reformulações radicais é a ausência de uma concomitante proposta de soluções defensáveis e úteis para as questões combatidas pela dogmática "reformadora". Se uma prática tradicional como a subsunção é considerada superada após a virada linguístico-pragmática, como deverá, então, o juiz continuar aplicando o Direito? O presente trabalho pretende analisar o que representou a referida "virada" da filosofia e da hermenêutica para o Direito, no intuito de compreender melhor as suas implicações para a prática da subsunção dedutiva, situando-as no contexto da aplicação normativa.

Para isso, será apresentada uma síntese da visão tradicional da "subsunção" no Direito brasileiro, delimitando-a através de uma abordagem predominantemente dogmática. Em seguida, serão analisados os principais impactos da virada linguística para a visão tradicional da dedução normativa mediante subsunção, ressaltando a necessidade de sua manutenção em razão das peculiaridades do âmbito jurídico. Por fim, será discutida a postura relativista

comumente adotada com base na virada linguística da filosofia, no intuito de enriquecer o debate em torno das consequências desse movimento filosófico para a aplicação normativa através de uma postura antirrelativista.

O PAPEL DA SUBSUNÇÃO DEDUTIVA NA APLICAÇÃO DO DIREITO NA VISÃO DO (NEO)POSITIVISMO

O Círculo de Viena[3] inaugurou uma série de correntes no pensamento científico-filosófico ocidental que buscaram racionalizar o conhecimento, principalmente através da transposição da metodologia cartesiana das ciências exatas e naturais para as humanas. Acreditava-se na possibilidade de completa neutralização da subjetividade dos intérpretes com o emprego de métodos, tal como os da experimentação e da lógica. Apesar de não haver sistematizado uma filosofia em si, o Círculo pôde ser caracterizado e identificado por uma espécie de programa, comum aos seus muitas vezes díspares partícipes.

O programa foi constituído em reação à chamada filosofia metafísica, considerada muitas vezes excessivamente intuicionista, sem bases empíricas ou necessariamente racionais.[4] Nesta linha, o Círculo se manifestava tanto através do *empirismo* quanto na forma do *logicismo*,[5] caracterizando-se por um cientificismo racionalista que considerava ceticamente as metodologias mais simplificadas do ponto de vista empírico-lógico, como as peculiares às ciências do espírito.

3 Os integrantes deste Círculo (M. Schlick, R. Carnap, R. von Mises, K. Gödel, H. Feigl, V. Kraft, O. Neurath, K. Menger, H. Hahn), na maioria formados nas ciências exatas, reuniam-se nos anos 20 e 30 do século XX na capital austríaca; também participaram deste grupo ocasionalmente A. Tarski, W. Quine, A. Ayer e Hans Kelsen.

4 Há quem relacione o programa do Círculo de Viena a uma reação da comunidade científica contra as ideologias sem "verificabilidade científica", tal como as que sustentaram a ascensão do nacional-socialismo na Europa. Cf. Mélika Quelbani (2009).

5 O *empirismo* sobrevalorizava a coleta de dados e a experimentação como método de investigação. Já o *logicismo* depositava excessivas expectativas de certeza e de validade na aplicação da lógica como forma de neutralização da subjetividade humana e de consequente objetivação e universalização do conhecimento.

No Direito ocidental e, consequentemente, no brasileiro, o programa do Círculo de Viena se manifestou de maneira duradoura tanto com a visão neopositivista de Kelsen, de Hart e de seus seguidores, quanto com a de Pontes de Miranda. Para os primeiros, as normas de um dado sistema deveriam ser logicamente deriváveis da norma fundamental ou da norma de reconhecimento. Para Pontes, as ideias do Círculo encontraram maior expressão na chamada "incidência infalível", segundo a qual as normas incidem logicamente sobre os fatos, de maneira abstrata e independente de ação humana.

Além disso, Kelsen desconsidera os elementos contingentes, pragmáticos e sociológicos, reduzindo os elementos interpretativos à autenticidade da interpretação dos aplicadores, à sua "livre valoração"[6]. Essa logicidade, contudo, é exclusivamente normativa, relacionada à validade e não à verdade das proposições normativas. Segundo o autor, de "uma proposição fática (ser) não se pode inferir uma norma (dever ser) e vice-versa", já que elas participam de linguagens e lógicas diferentes; assim, "o sentido da norma jurídica não pode ser o fato de ela poder ser verificada como verdadeira ou falsa"[7].

Para este tipo de neopositivismo, as proposições normativas são construídas não a partir de uma isomorfia com a realidade empírica, mas a partir de uma "relação sintático-semântica (formal) com uma norma superior e com o fato que a produziu"[8], afastando-se do *empirismo* e aproximando-se do *logicismo* na forma de uma lógica proposicional estrutural.[9]

O conteúdo dessas proposições seria dado pela "interpretação autêntica" do aplicador do Direito, que o fixaria através de um ato de

6 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 387.

7 CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico:** uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 67.

8 Idem, p. 68.

9 Para Catão, no pensamento de Kelsen, o papel que a lógica assume nas proposições normativas é limitado, principalmente em razão da separação que ele faz entre ser e dever-ser. Ainda assim, sua teoria se insere no programa neopositivista do Círculo de Viena.

vontade atribuidor de um sentido objetivo. Neste ato, a lógica não teria nenhum papel, já que ele representaria um ato eminentemente axiológico[10].

Já o neopositivismo de Hart (2009) deposita suas expectativas de neutralidade do sistema na ideia da norma de reconhecimento, formulada a partir da obediência a critérios de validade e aceita pelas autoridades que a aplicam e pela comunidade a ela submetida. A norma de reconhecimento proveria de validade as demais normas do sistema dela dedutivamente derivadas. Quanto à questão da interpretação, Hart reconhece a problemática da indeterminação dos textos legais, por ele chamada de "textura aberta", mas ao fim encerra a questão com a autoridade da decisão do aplicador, num voluntarismo semelhante ao de Kelsen[11].

Tanto a concepção de Kelsen quanto a de Hart dependem da dedução como procedimento validador das normas de um dado sistema jurídico, inclusive das normas individuais resultantes da submissão de casos concretos à premissa normativa abstrata. Ainda que, em Kelsen, a dedução não atribua o valor de verdade à conclusão normativa, ela atribuiria validade, já que a norma individual deve ser produzida de acordo com os critérios de validade fornecidos pelo sistema[12].

MacCormick observa que, a partir das visões de Kelsen e Hart, o processo de aplicação normativa envolve, necessariamente, uma dedução, já que em razão de uma formulação normativa geral prévia será definida uma norma individual concreta, considerada dedutivamente válida por derivação, numa estrutura que pode ser simbolicamente expressa, em sua forma mais simples, com "se *p*, então *q*"[13].

10 CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico:** uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 72.

11 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Sette-Câmara. São Paulo: Martin Fontes, 2009. p. 165.

12 CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico:** uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 74.

13 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 67.

Influenciado pelo Círculo de Viena, mas não de maneira menos autêntica,[14] Pontes de Miranda traz o conceito de incidência infalível da norma[15]. Segundo esse conceito, as normas jurídicas incidiriam infalivelmente aos casos concretos assim que ocorridos os fatos aos quais o sistema atribui relevância jurídica[16]. A incidência infalível representaria o ápice da logicidade do ordenamento jurídico, garantida no processo de aplicação através da dedução realizada entre a premissa maior (suporte fático) e a premissa menor (fatos), com a correta constatação de ocorrência dos fatos juridicamente relevantes do suporte fático (antecedente) e a imputação da sua consequência jurídica (consequente).[17] Por ocorrer independentemente de ato ou da vontade humana, de maneira incondicionada e inesgotável, a incidência infalível é eminentemente abstrata e puramente lógica.[18] Para explicar o logicismo do pensamento pontesiano por trás da incidência infalível, Catão cita a influência do "naturalismo científico", que coloca o Direito no campo dos fatos e ressalta a necessidade do "método científico como formalização e quantificação"[19]. Esta visão neopositivista parte da ideia de verdade enquanto representação da realidade, em que as proposições correspondem efetivamente

14 Ainda que tenha sido influenciado por pessoas ligadas ao Círculo de Viena, Pontes construiu um pensamento autêntico, com ideias plurais, desde a visão lógica do Direito do Tratado, com a incidência infalível e os três planos do fato jurídico (existência, validade e eficácia), até a visão sociológica do Direito como forma de adaptação social. (Cf. Aldrovandi *et al.*, 2015).

15 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 56.

16 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

17 Mello considera o "*silogismo da consequência jurídica*" um "automatismo" que deve ser repudiado pela melhor doutrina em razão da muitas vezes alta complexidade do processo de aplicação normativa. Idem, p. 184.

18 "Se a norma jurídica NJ^1, *abstratamente*, define os fatos ABC como suporte fático do fato jurídico FJ^1, ao qual imputa o efeito jurídico E^1, e no mundo aquele suporte fático (ABC) se *concretiza*, a norma NJ^1 incide sobre ele, criando o fato jurídico respectivo (FJ^1), o qual poderá gerar a eficácia E^1. Esse *processo* ocorre na dimensão dogmática (normativa) do direito, portanto, em plano lógico, de valência, não da realidade fática social" (ob. cit., p. 117, grifos no original).

19 CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico:** uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 45.

a fatos, tal como ocorre no *Tractatus* de Wittgenstein[20]. Ocorrido ou representado o fato juridicamente relevante, incidiria a norma pertinente de maneira infalível, independentemente de qualquer ato humano.

Pode-se concluir que, guardadas as individualidades de cada modelo, as teorias tradicionais do Direito ocidental de matiz neopositivista ainda hoje influenciam a dogmática jurídica e a prática judicial no Brasil.[21] Essas teorias atribuem à dimensão proposicional da linguagem – associada aos métodos lógico-empíricos do Círculo de Viena – o papel central e muitas vezes solitário na estruturação da norma jurídica. Contudo, o pluralismo filosófico de Pontes de Miranda já o leva a indicar a importância dos métodos clássicos de interpretação como forma de lidar com a complexidade do processo de aplicação do Direito[22].

No processo de aplicação normativa, segundo a visão tradicional, a dedução ocorreria sempre com a passagem da premissa fática para o consequente normativo, de modo que a aplicação de qualquer norma assumiria a forma dedutiva. Isso fica evidente quando se reconhece que toda aplicação normativa depende da preexistência de uma norma jurídica pertinente (hipótese geral e consequência: se *p* então *q*), ainda que implícita, que será confrontada com elementos fático-concretos (se *p*), para a posterior indicação das consequências jurídicas (de efeitos práticos) impostas pelo ordenamento jurídico (então *q*). O

20 No *Tractatus Logico-Philosophicus*, Wittgenstein intenta estruturar um escalonamento lógico de proposições cuja estrutura representaria as estruturas dos estados de coisa presentes no mundo (2017, p. 135-137.). CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico:** uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 39.

21 Uma busca *online* do termo "subsunção" no repositório da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ-AL) chega a 1.347 resultados de ementas em que o termo é listado, na maior parte das vezes como conclusão positiva ou negativa de enquadramento do caso julgado a alguma hipótese legal. Algumas vezes, o termo é listado sem relação com a prática de subsunção; outras vezes, esta é empregada sem menção ao termo. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=subsun%C3%A7%C3%A3o&p=4&idtopico=T10000389. Acesso em: 4 ago. 2019.

22 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 17-18.

papel tradicional da subsunção dedutiva consiste, assim, em *justificar* a passagem da hipótese para a consequência de dever-ser de efeitos práticos, atribuindo-lhe "validade lógico-jurídica"[23].

A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DA "SUBSUNÇÃO" NA CIÊNCIA DO DIREITO

Além da importância dada pelo Círculo de Viena ao método científico em geral, o primado da dimensão proposicional da linguagem, fortalecido pelo neopositivismo, parece ter levado à visão tradicional da dedução silogística (subsuntiva) como único caminho até a aplicação do consequente normativo, seja como forma de atribuir-lhe o valor de verdade ou de validade, seja para que a conclusão possa ser considerada correta de acordo com a incidência infalível da norma.

No Brasil, tanto na prática judicial como na doutrina e no ensino jurídico, são perceptíveis alguns traços do pensamento lógico-positivista, especialmente o de Kelsen e o de Hart, acentuados durante a ditadura militar (1964-1985). Exemplo disso é o ceticismo interpretativo causado pela demonização da subjetividade cognoscente e volitiva dos "operadores" do direito, como se esta pudesse ser suprimida através da aplicação logicamente metodológica. No intuito de suprimir os fatores subjetivos da interpretação, as influências do positivismo lógico na aplicação do Direito foram exageradamente intensificadas, expressando-se mediante um tecnicismo formalista que sobrevalorizava a lógica no trato com textos legais, resumindo o complexo processo interpretativo-aplicativo ao método da subsunção dedutiva[24].

Essa postura excessivamente textualista, formal e "automatista", todavia, vem sendo cada vez mais abrandada e reinterpretada pela doutrina, especialmente a partir da necessidade de se trabalhar

23 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 23.

24 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 392.

com um ordenamento jurídico constitucionalizado há mais de 30 anos, repleto de cláusulas gerais, de normas terminologicamente indeterminadas, moralmente carregadas, axiologicamente abertas, e de objetivos coletivos complexos, numa sociedade que demanda cada vez mais legitimidade na atuação estatal e, consequentemente, decisões minimamente defensáveis e controláveis.

Neste ponto, deve ser ressaltado que a subsunção, que é o ato de enquadrar os fatos reais relevantes no "fato-tipo" ou "suporte" legal,[25] não é idêntica à operação mental que se denomina "silogismo", visto que este representa apenas uma forma de dedução lógica de premissas já tidas como verdadeiras. Quando o intérprete tenta subsumir fatos relatados ao preceito de uma lei, ele ainda está na fase da formação da premissa *maior* correta, que constitui a etapa verdadeiramente problemática do processo dedutivo, por sempre correr o risco de ser dominada por motivos subjetivos pouco racionais. O ato (posterior) da subsunção silogística, que é a definição da premissa *menor*, dificilmente guarda dificuldades, já que os erros de inferência lógica são excepcionais na práxis da aplicação do Direito[26].

O próprio ato de subsunção interpretativa costuma tornar-se mais simples à medida que os conceitos[27] normativos incidentes possuem uma linguagem mais concisa ("determinada"). Porém, jamais deve ser olvidado que as dúvidas do intérprete podem surgir do mesmo modo por parte dos fatos reais do caso a ser decidido, fazendo com que a aplicação de dispositivos legais, que normalmente permite uma subsunção pouco complicada e contestável, de repente se torne

25 Sobre o significado ambíguo do termo "suporte legal", *vide* Ricardo L. Torres (2006, p. 250-252.).

26 KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. p. 50-51.

27 Embora a palavra *conceito* — "representação dum objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais"; (Ferreira, 1999, p. 518) — seja menos adequada para assinalar uma expressão linguística inserida num texto normativo do que a palavra *termo* — "vocábulo ou locução que denomina conceito, prévia e rigorosamente definido, peculiar a uma ciência, arte, profissão, ofício" (ob. cit., p. 1948) —, mantém-se aqui a primeira por ser amplamente utilizada por parte da doutrina e da jurisprudência neste contexto. *Vide* a respeito, também: Eros Grau (2003, p. 197-199.).

problemática. Por outro lado, o ato de subsumir fatos a conceitos legais que, em virtude de sua própria formulação linguística, já são dotados de alto grau de vagueza e abstração – muito comuns no Direito Constitucional –, é quase sempre mais complexo e costuma abrir espaços abrangentes de avaliação e complementação judicial.

Não é, portanto, o próprio processo de subsunção que torna a interpretação jurídica meramente "dedutiva", "logicista", "mecânica" ou "positivista"; tudo depende do modo como se imagina o seu percorrer. Cabe frisar também que, apesar das agudas críticas à ideia de que é possível "subsumir" fatos a normas de modo lógico-dedutivo, uma doutrina de tanto peso e tradição deve ser questionada apenas com moderação, porquanto representa um dos pilares do sistema estatal liberal, "cujo desmoronamento poderia causar efeitos imprevisíveis"[28].

Assim, a subsunção jurídica pode ser entendida como a "equiparação do caso concreto a ser analisado com os casos indubitavelmente abrangidos pelo fato-tipo legal", sendo tarefa da interpretação descobrir que casos são estes. Há, assim, uma relação recíproca entre interpretação e subsunção.

Para autores tradicionais como Savigny e Betti, o legislador, ao criar uma norma, sempre pretende regulamentar determinados casos, os quais o posterior aplicador da lei inicialmente desconhece, sendo sua tarefa justamente reconstruir essa imagem original por meio do emprego dos cânones[29]. Nessa visão, o esquema subsuntivo exprime os aspectos lógicos da relação entre a regra jurídica, os fatos reais do caso e a norma individual da decisão, formando o "esqueleto lógico do raciocínio jurídico"[30].

Outro aspecto que contribuiu muito para a importância da teoria da subsunção na metodologia (no sentido de "metódica") do Direito é a

28 KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. p. 49-164.

29 RAISCH, Peter. **Juristische Methoden**: vom antiken Rom bis zur Gegenwart. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1995. p. 135-139.

30 WEINBERGER, Ota. **Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts**. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988. P. 188.

necessidade de "se fazer casos diferentes iguais", subsumindo-os a um "fato-tipo padrão"; este ato de "equalização do desigual" nutre a ideia de unidade na ordem jurídica[31]. Desse modo, a subsunção não deve ser vista como uma "operação lógica", já que ela contém uma decisão valorativa do intérprete que sempre formará uma hipótese sobre o enquadramento dos fatos do caso concreto em relação à norma aplicada[32].

O abrandamento e a reinterpretação das heranças do neopositivismo lógico também se devem à virada linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica modernas, instaurada a partir dos trabalhos do segundo Wittgenstein[33] e da hermenêutica ontológico-filosófica de Heidegger e Gadamer.[34]

No próximo tópico, busca-se compreender o que significou a virada linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica, e de que forma ela vem sendo recebida por parcela significativa da dogmática jurídica brasileira.

IMPACTOS DA "VIRADA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA" NO DIREITO: NECESSIDADE DE ABANDONAR A SUBSUNÇÃO?

A virada linguístico-pragmática foi o movimento da filosofia e da hermenêutica modernas que reconheceu a linguagem como principal eixo para o acontecimento do ser. Os pontos de partida para a reviravolta foram as obras *Investigações Filosóficas*, de Wittgenstein, e *Ser e Tempo*, de Heidegger.

31 WENGER, David. **Idealismus und Recht:** Gerechtigkeit, Berechenbarkeit und Rhetorik**.** Berlin: Springer, 2010. p. 114.

32 SCHAPP, Jan. **Methodenlehre, allgemeine Lehren des Rechts und Fall-Lösung**. **Rechtstheorie,** v. 32, n. 2-3, p. 305-323, 2001.

33 Em *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein muda radicalmente de posição com relação ao seu pensamento inicial do *Tractatus*, Cf. Wittgenstein (2012).

34 Para as duas obras mais referidas no Brasil quando se fala em Hermenêutica Ontológica e em Hermenêutica Filosófica, conferir, respectivamente, Martin Heidegger (2012) e Hans-Georg Gadamer (2014).

A filosofia de Wittgenstein levou ao reconhecimento do caráter circunstancial da constituição semântica do sentido dos termos linguísticos, que dependeria antes de "jogos de linguagem" do que de uma pretensa essência das palavras. Suas ideias mudaram o foco da filosofia para a análise das demais dimensões da linguagem, indo além da dimensão proposicional e servindo de base para as teorias dos atos de fala (Austin, Searle), da pragmática transcendental (Apel) e da pragmática universal e do agir comunicativo, de Habermas[35]. Para Wittgenstein[36], a situação de uma proposição descrever ou informar algo depende menos de uma pretensa essência das palavras ou de sua correspondência com a realidade do que das circunstâncias em que é empregada, do seu uso num contexto de "jogos de linguagem":

> E o que é uma proposição é, *num* sentido, determinado pelas regras da sua construção (em português, p. ex.), num outro sentido, pelo uso dos signos no jogo de linguagem. E o uso das palavras "verdadeiro" e "falso" pode ser também componente deste jogo; e então, a nosso ver, *pertence* à proposição, mas não "se encaixa nela (grifo do autor).

Na tradição da hermenêutica, a virada linguístico-pragmática representou, principalmente com Heidegger e Gadamer, o reconhecimento da estrutura necessariamente preconceituosa do processo de compreensão humana, em razão das influências relativamente determinantes da tradição histórico-linguística sobre a formação dos sentidos na compreensão originária.

Heidegger construiu sua filosofia em oposição à cada vez maior instrumentalização da linguagem pelas ciências em geral, que a tratavam como mais um objeto a ser investigado e manuseado em sua

35 OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2015.QUELBANI, Mélika. O Círculo de Viena. São Paulo: Parábola, 2009.

36 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 78.

dimensão meramente informativa (proposicional), considerando-a como simples forma de "mediação do saber necessário à manipulação"[37]. Apesar de ter se ocupado mais intensamente com a questão da linguagem em suas obras posteriores,[38] já em sua empreitada na "recolocação da pergunta pelo sentido do ser", que ele considerava "ter caído em esquecimento"[39], o filósofo alemão faz críticas à objetificação da linguagem[40]:

> Domínios-de-coisa que de sua parte, por exemplo, história, natureza, espaço, vida, *Dasein*, linguagem etc. podem ser tematizados como objetos (*Gegenständen*) das correspondentes investigações científicas. A pesquisa científica **efetua, ingênua e toscamente**, a demarcação e a primeira fixação dos domínios-de-coisa (grifo nosso).

Dando continuidade à filosofia hermenêutica de Heidegger, seu aluno Gadamer expõe que "só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza", uma vez que "os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser"[41].

Nesse sentido, a historicidade do homem, que tem seu aparato conceitual construído pela tradição histórica em que está inserido, pelas experiências proporcionadas por essa inserção, e os preconceitos (as preconcepções) linguisticamente herdados da tradição, da cultura,

37 OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2015. p. 203.

38 Conferir, por ex., "A caminho da linguagem**"**. HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Edit. Univ. São Francisco, 2012.

39 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012. p. 33.

40 Ibidem.

41 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 360 - 368.

das práticas sociais, constituem uma condição para a compreensão[42]. Daí a frequentemente citada conclusão da hermenêutica ontológico-filosófica de que a interpretação é sempre um processo produtivo e "pré-conceituoso."[43]

Pelo que se disse até aqui, é possível fixar algumas conclusões. Enquanto a filosofia de Wittgenstein delineia as bases para a tematização de outras dimensões da linguagem, para além da representacional, através de um ponto de vista prático-estrutural, Heidegger e Gadamer desentranham os pressupostos "ontológicos" da experimentação do ser linguisticamente mediada, as condições prévias da compreensão humana, numa forma de pragmática existencial. Mas que significado essas conclusões podem ter para a aplicação do Direito, mais especificamente, para o emprego da subsunção na aplicação normativa?

Wittgenstein demonstra que o fato de a proposição representar ou não algo depende de seu uso e das regras dos jogos de linguagem em que ele acontece. Não há um isomorfismo entre a proposição e a realidade. Isso sem dúvida diminui a força do papel da dedução para a atribuição do valor de verdade à proposição considerada logicamente válida, e aumenta a distância entre a validade da proposição descritiva e a validade do enunciado prescritivo-normativo.

As conclusões da hermenêutica filosófica, principalmente a de que toda compreensão humana é necessariamente preconceituosa e criativa, diminuem a força das certezas prévias que se relacionam com a pretensa universalidade e objetividade do conhecimento. Essas conclusões agravam a impossibilidade de formalização e de repetição objetiva do conteúdo representacional das proposições, diminuindo consideravelmente o espaço de atuação da visão tradicional da subsunção. Assim, além de não guardar relação estrutural com a realidade apreensível pela proposição, o conteúdo do que é

42 Idem, p. 368.

43 Gadamer (ob. cit., p. 360) faz uma análise do processo histórico de negativação do conceito de "preconceitos" (*Vorurteile*) pelo Iluminismo, e o emprega em sentido "neutro", de conceitos prévios ou previamente concebidos.

representado, na dimensão proposicional, depende da tradição e dos preconceitos do intérprete que pretende representar.[44]

Além disso, a validade de uma proposição de pretensões descritivas não induz à validade de conclusões normativas a respeito do que deve ser, menos ainda à validade dos efeitos práticos que decorrerão de uma intervenção normativa "no mundo dos fatos". No Direito, "os argumentos que se articulam partem muitas vezes de, e chegam a, normas; isto é, empregam um tipo de enunciado em relação aos quais não parece que tenha sentido falar de verdade ou falsidade", principalmente em razão de suas pretensões específicas que o diferenciam de outras ciências. Assim, "as regras da lógica se aplicam ao silogismo teórico que se baseia num ato de pensamento, mas não ao silogismo prático ou normativo (aquele em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas), que se baseia num ato de vontade (numa norma)".[45].

Já a dedução encontra limites semânticos decorrentes de sua estrutura lógica. Esses limites adquirem especial significado para o aplicador do direito, na medida em que muitas vezes ele trabalha com a necessidade de buscar razões (novas ou diferentes) de sustentação para a sua tese, principalmente quando é defrontado com casos complexos para os quais o sistema não fornece uma resposta preliminar clara. Nesses casos, a subsunção pouco contribui para que ele chegue a uma resposta juridicamente defensável dentro daquele sistema, já que a lógica "somente atinge as relações do argumento semanticamente já concebido"[46].

Nesse sentido, para o Direito e especialmente para o processo de aplicação normativa, a dedução subsuntiva conserva uma

44 Habermas tece críticas às conclusões da hermenêutica filosófica que sobrevalorizam o caráter determinante da tradição na compreensão humana, ressaltando que a reflexão é capaz de romper com esse determinismo inclusive estruturalmente (Cf. Habermas, 2004, p. 89-91).

45 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 18.

46 KRELL, Andreas J. Breves considerações sobre a função da lógica na interpretação e aplicação do direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da Ufal (**RMD), v. 7, n. 2 (2016), p. 1-19.

importância prático-contextual e se expressa na forma do *silogismo jurídico*[47]. Isso significa que apesar das reformulações decorrentes da virada linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica, e do reconhecimento da inviabilidade de se transmitir a validade lógico-proposicional para os enunciados de dever-ser, a dedução subsuntiva ainda estrutura o processo de aplicação normativa de maneira relativizada. Seja por já fazer parte da tradição dos jogos de linguagem inerentes ao Direito, cujas regras pressupõem que se fale em consequências lógicas dos sistemas jurídicos ao aplicar as normas neles insertas[48], seja por conservar uma função retórica relacionável à autoridade decorrente da necessidade de imposição prática dessas normas, a dedução subsuntiva ainda preserva a sua importância.

Todavia, há um movimento que vê nas conclusões da virada linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica a necessidade de se abandonar completamente os métodos tradicionais de aplicação normativa, tal como a subsunção e os cânones da interpretação, responsáveis por auxiliar os aplicadores nos casos em que o texto da lei não fornece uma resposta imediata e explícita a determinados casos concretos. Essa leitura, aqui considerada radical e prejudicial, é chamada de relativismo, e será abordada no item seguinte.

A PREJUDICIALIDADE DO RELATIVISMO QUANTO AOS MÉTODOS TRADICIONAIS DE APLICAÇÃO E DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

São inegáveis os impactos da reviravolta linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica contemporâneas. Contudo, para a ciência jurídica, estes impactos devem ser vistos de maneira contextualizada, mormente em razão das peculiaridades em torno do processo de aplicação normativa, de estrutura discursiva predominantemente

47 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica*:*** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 15-18.

48 CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico:** uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 83.

monológica (vertical) sempre direta ou indiretamente voltada ao estabelecimento de enunciados de dever-ser, com consequências práticas. Essas peculiaridades realçam a necessidade de se considerar cada vez mais o contexto específico da ciência jurídica, em que o plano intersubjetivo da compreensão humana adquire cada vez mais relevância, plano este não desenvolvido pela hermenêutica ontológico-filosófica, nem pela filosofia do segundo Wittgenstein.

Não obstante, há um crescente movimento no Direito brasileiro que vê nas conclusões da virada linguístico-pragmática a necessidade de completo abandono de toda metodologia tradicional, numa postura relativista que termina por agravar os já complexos problemas da aplicação do direito no Brasil. Streck, por exemplo, entende que essas conclusões devem levar necessariamente à completa superação do método da subsunção e dos cânones interpretativos[49]. Para o autor[50], essas conclusões devem levar à superação do "esquema sujeito-objeto", identificável no programa do Círculo de Viena:

> Com isso quero dizer que, se o modelo de direito sustentado por regras está superado, o discurso exegético-positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica praticada cotidianamente, represente um retrocesso, porque, de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas (no sentido filosófico da palavra), identificando texto e sentido do texto (norma); e, de outro, assenta-se nas (diversas) teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, *transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos (jurídicos)*

49 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 79, 85, 89, 96-100, 109, 110, 175, 197, 208-215, 218; 2014,

50 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso*:*** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 76.

> *fossem meros enunciados linguísticos*. Esse sincretismo é inaceitável.

Como visto, o Círculo de Viena levou a cabo um programa cientificista antissubjetivista, com expressão em diversas teorias que ainda hoje influenciam nossa prática jurídica. As reformulações dos fundamentos desse programa não o tornam, contudo, indefensável ou inútil.

Exemplo disso é a visão de Pontes de Miranda, que conserva sua importância na tradição mesmo em sua dimensão estritamente lógica, considerando-se as bases dos jogos de linguagem e sua função retórica, além das por ele ponderadas antecipações a respeito das limitações do complexo processo de aplicação normativa, em que o papel do aplicador não se resume a deduzir uma norma individual de uma geral, já que ele é responsável por inserir a norma concreta na tradição histórica em que se acha[51]. Ademais, Pontes já reconhecia a necessidade prática de se empregar os cânones da interpretação para além da subsunção representada pela incidência, quando afirmava que "a lei" teria de ser lida "na história, no texto e na exposição sistemática", para que os seus "erros de expressão" sejam "corrigidos".[52]

Após a reviravolta linguístico-pragmática, os métodos tradicionais abandonam as pretensões de objetividade de universalidade absolutas e assumem outras funções além da representacional, como a de justificar a passagem entre as premissas normativas e fáticas até sua conclusão, sempre com o pano de fundo do discurso prático. Não há espaço *pragmático* para o abandono completo de toda a metodologia tradicional, já que ela no mínimo conserva sua utilidade prática nos jogos de linguagem dos partícipes do contexto jurídico que querem se fazer minimamente compreendidos. Ademais, o contexto de aplicação atrai outras pretensões do uso da linguagem que se faz na aplicação

51 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 19.

52 Aqui fica evidente a referência aos elementos gramatical, histórico e sistemático da interpretação. Ibidem.

normativa, como a pretensão de decidir casos concretos, a pretensão de gerar obrigatoriedade prática (no mundo dos fatos), a pretensão de proferir decisões corretas, legítimas e defensáveis.

Para o Direito, o método conserva uma função racional, "expositiva e organizativa, instrumental às pretensões de fundamentabilidade, de correção, de decidibilidade e de obrigatoriedade, inerentes à aplicação normativa"[53].

Seria inviável, por exemplo, imaginar um caso de aplicação concreta da norma do artigo 927[54] do Código Civil, sem considerar as demais normas do sistema que complementam sua estrutura, como a do artigo 186[55], que define o que é o ato ilícito que integra o antecedente da norma de responsabilização, ou a do artigo 944,[56] que fornece alguns critérios para a configuração do consequente normativo ("reparar").

Nesse contexto, ao justificar as premissas normativas e fáticas para aplicar a norma de responsabilização num dado caso concreto, faz parte do jogo de linguagem inerente ao contexto jurídico dizer que se pode chegar silogisticamente à conclusão de que a norma incidiu no fato, atraindo a consequência jurídica (ex.: "então, A responde pela extensão X dos danos que causou a B")[57].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável é a contribuição da reviravolta linguística da filosofia e da hermenêutica para a compreensão dos limites da dimensão

53 KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raíi M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 11 – n. 37, jul./dez. 2017.

54 "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

55 "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

56 "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano."

57 CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico:** uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 168.

proposicional da linguagem e para o reconhecimento do caráter necessariamente preconceituoso da interpretação humana. Para a ciência jurídica, essa contribuição restou mais limitada, sobretudo em razão das peculiaridades em torno do processo de aplicação normativa, de estrutura discursiva predominantemente monológica. Essa estrutura realça a necessidade de se considerar cada vez mais o plano intersubjetivo da compreensão humana, ainda não desenvolvido satisfatoriamente pela dogmática jurídica brasileira.

Nesse contexto, a visão tradicional da subsunção dedutiva enquanto procedimento atribuidor de validade lógica ao consequente normativo no processo de aplicação não mais se sustenta, principalmente porque não há um isomorfismo entre a proposição e o que é representado por ela. O que determina o sentido da proposição é menos o fato de se ela representa o mundo do que o uso que dela se faz nos jogos de linguagem, de acordo com o contexto em que o jogo se dá, com as regras peculiares da cultura linguística em que ele ocorre e com as preconcepções que cada partícipe dos jogos já carrega. Isso não quer dizer, contudo, que métodos como o da subsunção dedutiva e dos cânones interpretativos sejam inúteis e devam ser necessariamente superados e abandonados.

Em verdade, o pragmatismo decorrente dos jogos de linguagem e as limitações subjetivas resultantes das conclusões da hermenêutica ontológica simplesmente ressaltam as limitações a que a metodologia das ciências do espírito se acha submetida. Isso quer dizer que não há espaço para expectativas de certeza, de objetividade e de universalidade que eram postas sobre a metodologia das ciências humanas especialmente ressaltadas pelo programa do Círculo de Viena. Por isso, os métodos da Ciência Jurídica devem também ser capazes de lidar com situações que exigem mais do que o oferecido pelo saber semanticamente pré-constituído.

Ganha relevância a ideia de silogismo jurídico, que, em vez de atribuir um valor de verdade ou de validade lógico-proposicional para a consequência normativa, é capaz de *justificar juridicamente* a passagem das premissas para a conclusão normativa, de efeitos

práticos. Essa forma de silogismo envolve a atuação de outros elementos metódicos, sempre que os textos legais disponíveis ou as peculiaridades dos casos concretos difíceis não permitirem que o aplicador chegue a uma resposta preliminarmente. Nesse sentido, os métodos tradicionais ainda conservam sua importância no processo de aplicação normativa, ainda que tenham suas funções reformuladas e suas estruturas reinterpretadas.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael L.; ENGELMANN, Wilson. **Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda**: influências do positivismo sobre o Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. 2015. Disponível em: http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/. Acesso em 3 abr. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica*:*** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico:** uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013.

Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2014.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais:** parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Grau, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** São Paulo: Martin Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Edit. Univ. São Francisco, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. Breves considerações sobre a função da lógica na interpretação e aplicação do direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da Ufal,** v. 7, n. 2), p. 1-19, 2016.

KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raíi M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 11, n. 37, p. 185-218, jul./dez. 2017.

KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2015.

QUELBANI, Mélika. **O Círculo de Viena**. São Paulo: Parábola, 2009.

RAISCH, Peter. **Juristische Methoden**: vom antiken Rom bis zur Gegenwart. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1995.

SCHAPP, Jan. **Methodenlehre, allgemeine Lehren des Rechts und Fall-Lösung**. **Rechtstheorie**, vol. 32, n. 2-3, p. 305-323, 2001.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso***:* constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. Rio de Janeiro (etc.): Renovar, 2006.

Weinberger, Ota. **Norm und Institution.** Eine Einführung in die Theorie des Rechts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988.

Wenger, David. **Idealismus und Recht: Gerechtigkeit, Berechenbarkeit und** Rhetorik. Berlin: Springer, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus.** São Paulo: Editora da USP, 2017.

20. REVOLUÇÃO DIGITAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO MODERNO: PODEMOS CONSIDERAR O ACESSO À INTERNET COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL?[1]

Lucas Marques Coutinho
Filipe Lôbo Gomes

INTRODUÇÃO

Assim como suas antecessoras, a 4ª Revolução Industrial representa mudanças em diversos setores da sociedade humana. Pudemos observar no nosso cotidiano a simplificação de ações mediante a adição das novas tecnologias, desde escutar uma música até acessar um processo na justiça, a digitalização profissional e do comércio alimenta uma nova era ligada às tecnologias da informação e comunicação, a chamada Era Digital.

Os estudos científicos voltados a entender esse novo fenômeno ligado ao compartilhamento de dados e o uso de aparelhos digitais transpassam o campo social, induzindo o direito a assumir novas posturas para conduzir os novos fatos que surgem na civilização humana. Na perspectiva brasileira, respeitando os ditames constitucionais, procura-se determinar quais são os limites, as extensões e como se dará a exploração legislativa dos novos fatos jurídicos que surgem no dia a dia.

Esses novos fatos, inclusive, modificam leis e interpretações já existentes em diversos ramos do direito, a exemplo do direito administrativo, no qual é possível observar um aumento de debates a respeito da regulação das tecnologias disruptivas, e no direito penal,

1 Obra originalmente publicada na Revista da Seção Judiciária de Alagoas. COUTINHO, Lucas Marques; GOMES, Filipe Lôbo. Revolução digital e suas implicações no direito moderno: podemos considerar o acesso à internet como um direito fundamental no Brasil? **Revista da Seção Judiciária de Alagoas,** v.1, n. 8. p. 221-237, 2024.

no qual vislumbramos a elaboração de normas que visam proteger o usuário da rede mundial de computadores de ataques cibernéticos.

Nessa perspectiva, os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Brasileira não podem ficar à parte das transformações que ocorrem na sociedade e no ordenamento jurídico nacional. Seus reflexos morais e principiológicos atuam no ambiente cibernético, garantindo que o usuário da internet, quando diante de um fato que ofenda seus direitos, possa recorrer às proteções da lei.

Dessa forma, a presente pesquisa tem por objetivo abordar as mudanças no campo normativo brasileiro decorrente das novas tecnologias, mais precisamente, será analisado o enquadramento do direto ao acesso à internet como um direito fundamental, observando também suas implicações no âmbito social brasileiro, onde serão revelados desafios a serem superados para que a internet seja utilizada como base para a efetivação de garantias individuais.

Para tanto, far-se-á uma abordagem descritiva-bibliográfica na qual serão exploradas as características da exclusão digital que estão ligadas à falta de acessibilidade da população brasileira, a fim de que o direito de acesso à internet seja explorado dentro de um contexto em que seu enquadramento como um novo direito fundamental seja cogitado para as pretensões de incluir digitalmente aqueles que não usufruem das ferramentas digitais.

A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A EXCLUSÃO DIGITAL NO BRASIL

O MERCADO DIGITAL E SUAS VERTENTES NO DIREITO MODERNO

Ao longo das décadas, a evolução da tecnologia acompanha o desenvolvimento da sociedade. Vimos, por exemplo, os primeiros trens movidos a vapor evoluírem para as mais sofisticadas conduções elétricas onde não há mais a necessidade de motoristas humanos. Hábitos tradicionais, realizados apenas de maneira presencial, como comprar e vender algum objeto, anunciar produtos e até mesmo ler as

notícias no dia foram substituídos e simplificados mediante a inserção tecnológica no cotidiano.

Os antigos filmes de ficção científica, que habitualmente passavam nos cinemas, estão mais próximos da nossa realidade atual do que nunca, haja vista que presenciamos a 4ª Revolução Industrial, cujas barreiras que distinguiam o mundo físico do digital quase não existem.

Também chamada de revolução digital ou revolução 4.0, possui como características a massiva interação digital entre povos de diferentes cantos do planeta, sendo promovida pelo alto tráfego de dados e de informações que são disponibilizados na internet. Como característica distintiva, que a separa das demais revoluções industriais, a grande quantidade de estudos realizados durante a sua vigência chama à atenção, dado que o meio acadêmico-científico, em oportunidades anteriores, apenas pesquisava sobre as mudanças que ocorriam na sociedade, em decorrência da revolução industrial, após essa findar-se por completo[2].

Um dos propósitos da ligeireza científica está relacionado às mudanças sociais e econômicas provocadas pela nova economia digital, diretamente associada ao objeto central deste estudo, a internet. Por meio da rede mundial de computadores, o comércio eletrônico de produtos e serviços brasileiro atingiu, em 2021, cerca de R$ 597,8 bilhões de arrecadação para os cofres públicos, marca que sinaliza tanto a necessidade de produções científicas sobre o impacto da indústria digital no cotidiano, como para a cautela no desenvolvimento de textos normativos voltados à regulação do mercado digital[3].

Nessa perspectiva, podemos dizer que os estudos sobre as inovações digitais que impactam na sociedade tecnológica brasileira demandam uma atenção especial, visto que "o atual processo legislativo se tornou lento diante da velocidade da quarta revolução

2 SCHWAB. Klaus. SCHWAB. Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16.

3 BRASSCOM; TIC. **Relatório Setorial 2021**. 2022. Disponível em: https://brasscom.org.br/pdfs/relatorio-setorial-2021/. Acesso em: 20 nov. 2023.

industrial[4]", sendo necessária uma rápida adequação interpretativa do legislador, ou até mesmo a revogação e criação de novos institutos normativos, para acompanhar o processo de desenvolvimento da sociedade tecnológica, de maneira que não implique empecilhos ao crescimento da indústria 4.0.

Sobre os riscos de frear a evolução do *e-commerce* no Brasil, Othon de Azevedo destaca que a restrição desnecessária ao livre desenvolvimento do mercado, mediante a produção intensiva, inflexível e simbólica de normas voltadas à regulação do mercado digital, pode inibir princípios constitucionais que garantem a livre iniciativa e o livre comércio, não sendo prudente acelerar tanto a produção de textos legais, sob risco de inflar o ordenamento jurídico brasileiro[5].

Dessa forma, os legisladores evitariam a precarização democrática em virtude do debilitamento do sistema normativo brasileiro, sendo pertinente observar e assegurar que as garantias individuais já estabelecidas e a plenitude de suas respectivas ideias continuem a funcionar em meio às transformações sociais. Nesse conceito, o Estado deve lidar com o novo de maneira isonômica, ou seja, garantindo que o acesso às novas ferramentas digitais modernas sejam acessíveis a todos, não desestruturando, por exemplo, o comércio diante de inovações disruptivas, mas sim, acrescendo maneiras de sustentação da economia tradicional frente à economia digital.

De maneira utópica, a acessibilidade digital promovida pelo governo concederia maiores oportunidades à população brasileira, desde a promoção da educação até a entrada no mercado de trabalho. O barateamento dos serviços de internet proporcionariam maiores

4 LANNES, Yuri Nathan da Costa; MIRANDA, Marina da Costa; BAGNOLI, Vicente. Revolução 4.0: Justiça, Desenvolvimento e Desigualdades. *In:* ROVER, Aires Jose *et al.* (Coord.). **Direito, governança e novas tecnologias III:** Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 232

5 LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2018. p. 188.

oportunidades de acesso à saúde, ao lazer e a outras prerrogativas defendidas pela constituição como essenciais à dignidade humana.

Isso posto, percebemos o quão importante é a internet na contemporaneidade, sendo sua ausência na vida do cidadão pertencente à sociedade digital infrutífera para a plena efetivação de direitos. Cabe-nos, então, fazer menção à referida ausência de acesso ao ambiente virtual, a chamada exclusão digital.

A EXCLUSÃO DIGITAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

Conforme as ponderações de André Lemos[6], podemos dizer que a exclusão digital pode ser conceituada como a ausência de acesso às novas tecnologias por certa parcela da população, que por fatores de ordem social, cultural, estrutural, intelectual e econômica ficam adstritas das oportunidades e facilidades fornecidas pelas novas ferramentas tecnológicas e, por consequência, também não gozam de maneira adequada de direitos fundamentais que possuem.

A precariedade estrutural de algumas regiões do Brasil, a falta de acesso a computadores, o custo de uso da internet e as barreiras do aprendizado digital são fatores que, a priori, destrincham a verdadeira faceta da exclusão digital. Porém, a dificuldade de compreensão da linguagem da internet por gerações nascidas antes do advento tecnológico também incorpora o analfabetismo digital vivenciado no Brasil[7].

Diante de situações em que o aprendizado da internet é determinante para a efetivação de direitos, denota-se o quão prejudicial se tornam problemas como o analfabetismo digital. Isso pôde ser observado recentemente durante os eventos pandêmicos, quando as dificuldades de acesso à internet, bem como de sua compreensão,

6 LEMOS, André. **Caderno de Viagem:** comunicação, lugares e tecnologias**.** Porto Alegre: Editora Plus, 2010, p. 42.

7 YOUSSEF, Abeer Mohamed Abdel Razek. The Role of the Digital Economy in Sustainable Development. **International Journal of Humanities and Language Research**, v. 5, Issue 2, p 13-25, 2022.

expuseram problemas de parcela da população em adquirir os programas governamentais de auxílio financeiro[8].

Nessa senda, também houve prejuízos na educação brasileira. A baixa qualidade dos equipamentos utilizados para assistir as aulas on-line, bem como a vagarosa conexão da internet e a dificuldade de concentração no conteúdo pedagógico na rede, sobretudo para os mais jovens, são exemplos de barreiras que dificultaram o aprendizado on-line, sendo esses alguns exemplos que devem ser sanados a fim de garantir uma maior acessibilidade da internet no Brasil[9].

Em vistas de colocar fim aos problemas apresentados até então, abatendo a exclusão digital na sociedade brasileira, a produção de uma nova estratégia nacional, visando à inclusão digital, carregaria consigo a valoração de direitos e garantias constitucionais, valorizando o desenvolvimento social no âmbito virtual e, por consequência, promovendo a redução das desigualdades sociais do país.

Contudo, indaga-se, como isso seria realizado?

Para Yuri Lannes, Marina Miranda e Vicente Bagnoli, a sub-rogação da condição social de exclusão digital existente, por uma inclusão digital consciente, inicia-se com mudanças na cadeia de produção das novas tecnologias, visto que hoje contemplamos o nascimento das inovações tecnológicas dentro de um pequeno conglomerado populacional financeiramente abastado, o que, por consequência, traz os valores desses grupos ao ambiente social através da inserção tecnológica nos mercados[10].

---

8 VELOSO, Lucas; FELÍCIO, Ana Beatriz. **Sem acesso à internet, famílias não conseguem usar o auxílio emergencial**. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/04/sem-acesso-a-internet-familias-nao-conseguem-usar-auxilio-emergencial.shtml. Acesso em: 20 nov. 2023

9 G1 GLOBO. **Alunos de baixa renda esbarram em falta de recursos com EAD na pandemia da covid-19:** 'internet às vezes falta'. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2020/05/13/alunos-de-baixa-renda-esbarram-em-falta-de-recursos-para-aulas-ead-na-pandemia-da-covid-19-internet-as-vezes-falta.ghtml. Acesso em: 14 nov. 2023

10 LANNES, Yuri Nathan da Costa; MIRANDA, Marina da Costa; BAGNOLI, Vicente. Revolução 4.0: Justiça, Desenvolvimento e Desigualdades. *In:* ROVER, Aires José *et al.* (Coord.). **Direito, governança e novas tecnologias III**: Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 229.

> É preciso que os investidores passem a exigir que as novas tecnologias já sejam desenvolvidas buscando atender ao conjunto de interesses políticos e econômicos da coletividade, desde a sua concepção e criação, tendo como objetivos direcionados à sociedade e seus interesses políticos e econômicos globais. Assim, desde seu início, já estaria buscando e intentando a melhora da existência humana.[11]

Dessa forma, as novas tecnologias já adentrariam na sociedade digital observando as demandas da coletividade, o que poderia implicar o barateamento da internet e na reversão do *status* de exclusão digital para uma inclusão digital, convertendo as desigualdades apresentadas na Era Digital em novas oportunidades de efetivação de direitos que ganharam uma nova roupagem na sociedade 4.0, a exemplo do acesso à informação, da manifestação do pensamento e da educação.

Doravante, a garantia de acesso às novas tecnologias, segundo Juarez Freitas[12], não admite um desenvolvimento excludente, sendo válido dizer que todos possuem o direito de usufruir dos benefícios derivados do ambiente digital. Dessa forma, em prol da isonomia social-tecnológica e da promoção da acessibilidade digital, as alterações governamentais em planos de desenvolvimento e em legislações devem estar fundamentadas nos ideais de igualdade, a fim de implementar novas convicções na cadeira de produção de novas tecnologias relacionadas ao ambiente virtual, de modo que possibilite, de maneira facilitada, o acesso da maior parte da população às funcionalidades da internet.

Diante das exposições realizadas até este ponto da pesquisa, é apropriado destacar que o acesso à internet é peça essencial para a sociedade digital. O desenvolvimento de novos empregos e opiniões, o acesso à educação e à saúde, além da melhoria na infraestrutura

11 Idem.

12 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 58.

brasileira de comércio, são apenas alguns dos proventos que são garantidos mediante o uso do ciberespaço.

Ademais, faz-se mister indagar, para continuidade e pretensão final deste trabalho, se o acesso da população à internet pode ser considerado um novo direito fundamental no Brasil. Contudo, para obtermos a resposta dessa pergunta, precisamos compreender o que são os novos direitos fundamentais e qual é a sua relação com fenômenos de constitucionalização de direitos que ocorreram no passado e no presente.

OS NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Os direitos fundamentais são conhecidos como aqueles que sustentam garantias a todos os indivíduos, protegendo-os e inibindo ações ofensivas de terceiros, ou até mesmo do próprio Estado, contra a pessoa. Asseguram, portanto, a existência digna do indivíduo mediante a positivação de normas cuja construção histórica e acrônica fortaleceu ideais de defesa da liberdade e da vida humana[13].

Nas palavras de Noberto Bobbio[14], os direitos fundamentais são "nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas". Ainda segundo o autor, esses direitos possuem origem contínua, não estagnando diante das transformações do direito e da civilização, de modo que a interpretação e a própria metodologia na criação de normas jurídicas são alteradas para abranger os novos fatos originados da digitalização da vida humana.

Nessa senda, reitera Ingo Sarlet: "Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade,

13 CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 488

14 BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5

e não de alternância[15]", ou seja, o surgimento de novos direitos fundamentais representa a continuidade das funções exercidas por esses na sociedade, agregando e atualizando terminologias e interpretações do passado aos tempos atuais.

Sarlet ainda ressalta que a origem de novos direitos fundamentais não descaracterizam, tampouco usurpam, a posição das garantias individuais já consagradas. Na verdade, estaríamos diante de um efeito reverso, agregador e enriquecedor dos direitos fundamentais tradicionais, que ao serem transportados a um novo espaço de atuação, o ambiente digital, estariam adquirindo novos ramos de proteção à dignidade da pessoa humana[16].

Dessa forma, podemos considerar que a expressão "novos direitos fundamentais" representa o surgimento de novos direitos originados da interação de um direito-base, ou seja, um direito fundamental positivado na constituição, com a cibercultura digital, de maneira que os reflexos desse contato assegurem a continuidade das garantias e dos direitos individuais no ambiente virtual e nas relações do mundo físico que estejam conectados à internet.

A título de exemplo, podemos citar como um novo direito fundamental os direitos à personalidade eletrônica, onde é possível observar um direito-base, o direito à personalidade, previsto no art. 5°, X da Constituição Brasileira de 1988, refletindo suas proteções à vida privada, à imagem e à honra das pessoas no ambiente digital, onde há a possibilidade desses direitos citados serem violados. Nesse sentido, também podemos citar as discussões sobre a possibilidade de concessão de personalidade para as máquinas, em virtude da evolução e autonomia das Inteligências Artificiais[17].

15 SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 24.

16 Idem.

17 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Pessoa e sujeito de direito: reflexões sobre a proposta europeia de personalidade jurídica eletrônica. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil,** v. 23, 2020, p. 70.

> Os direitos da personalidade se movimentam; tendo esse entendimento surge para discussão na seara do direito a questão dos novos direitos fundamentais; "novos", assim pode ser colocado, pois apresenta a individualidade por meio da demanda coletiva, ou seja, o anseio da sociedade resultando em direitos fundamentais com um novo caráter.[18]

Ainda sobre esse tema, Pontes de Miranda[19] pontua que as condições sociais da contemporaneidade são determinantes para que se identifiquem quais são as pessoas que podem ser sujeitos de direitos e deveres. Isso demonstra, assim como a exposição acima, que o direito deve levar em consideração a mutação mundana na construção de novas prerrogativas legais, considerando alterações necessárias para representar, garantir e efetivar direitos em uma sociedade cada vez mais hiperconectada.

Outros exemplos de direitos fundamentais modernos estão relacionados aos direitos de liberdade de expressão, informação, comunicação, além da proteção de dados e da privacidade, dos direitos da criança e do adolescente e até mesmo a garantia do acesso à internet que, como veremos ainda nesta pesquisa, é essencial para a efetivação de diversos direitos[20]. Contudo, é importante salientar, para fins de enriquecimento deste estudo, que a promoção de transformações no ordenamento jurídico brasileiro não é algo exclusivo da revolução digital.

Esse processo foi iniciado nas últimas décadas, senão no último século, em virtude da positivação dos direitos fundamentais, que modificou a relação entre o direito público e o privado. Se inicialmente

18 BARBOSA, Hanna Haviva Vasconcelos; DA SILVA, Jessica Aline Caparica. Direito à personalidade digital ou virtual como um exercício de direito fundamental e suas implicações. **Cadernos de graduação Ciências Humanas e Sociais**, v.6, n. 2, 2020, p. 139.

19 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 127.

20 BARBOSA, Hanna Haviva Vasconcelos; DA SILVA, Jessica Aline Caparica. Op.cit, p. 139.

vislumbrávamos o direito em duas vertentes distintas, no qual o primeiro era responsável pela administração do Estado e o segundo assumia o papel de regulador das atividades privadas, hoje, é possível observar uma conexão mais íntima entre ambos os direitos[21].

Quando o Estado assumiu um caráter mais interventivo, sob a filosofia do Estado de bem-estar social, ele trouxe para si diversas concepções sobre os direitos fundamentais, promovendo, mediante a retirada de temas anteriormente exclusivos do código civil, modificações com fulcro em fazer prevalecer os ideais ligados à dignidade da pessoa humana. Considerado naquele momento a constituição das relações privadas, o código civil perdeu certa autonomia, e o processo de descodificação foi iniciado[22].

A descodificação representa a transferência, em todo ou em partes, de temáticas de um código para outro dispositivo legal, podendo ser tanto uma lei especial como a própria constituição, não havendo óbices que dois dispositivos normativos tratem sobre o mesmo assunto, assim como ocorre com o já citado direito à personalidade, que além da proteção constitucional, também ganha disposições infraconstitucionais nos artigos 11 ao 21 do Código Civil de 2002[23].

A esse evento de descodificação foi dado o nome de constitucionalização, que de acordo com Laura Rizzo e José Duarte Neto pode ser definido como um fenômeno "precedido por marcos que singularizam toda a trajetória e evolução dos direitos fundamentais e suas garantias[24]".

21 QUEIROZ PEREIRA, Fabio; PINTO, Santiago. Constitucionalização do direito civil e direitos fundamentais: uma abordagem crítica. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, v. 16, 2012. p. 6.

22 SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. *In.:* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques (Coord). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 273

23 BRASIL. **Lei Federal nº 10.406/2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 23 nov. 2023

24 RIZZO, Laura; DUARTE NETO, José. A constitucionalização do Direito Civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Seminário de Pesquisa em Direito da FDRP**, 2018, Ribeirão Preto, Direito Civil Contemporâneo, 2016, p. 1

A constitucionalização, nesse contexto, estaria então assumindo um papel de origem no qual, a partir dela, a evolução dos direitos e garantias fundamentais ganharia forma. Sua singularidade na captura de direitos para o campo constitucional auxilia no desenvolvimento de pensamentos que corroboram para o surgimento de inovações de teor fundamental para a dignidade humana.

Dessa forma, podemos dizer, após exposto o conteúdo desta seção, que o progresso dos direitos fundamentais hoje está associado às novas tecnologias, às normas legais positivadas e à constitucionalização de direitos, sendo pertinente a observância dessas três searas na conjectura atual para determinar como se dará o desenvolvimento dos direitos fundamentais no futuro.

Por fim, abrimos margens para a discussão a seguir, em que serão levantados apontamentos sobre a positivação de novos direitos fundamentais na Carta Maior nacional, em específico, se podemos considerar, após o exposto sobre o direito na Era Digital, se o acesso à internet pode ser considerado um direito fundamental.

A INTERNET PODE SER CONSIDERADA UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A resposta para essa indagação passa por todo o desenvolvimento desta pesquisa, mas iremos considerar, além dos aspectos inerentes à revolução digital e sua influência no direito moderno, doutrinas que fazem parte da história do direito positivado, visto que se valer de concepções estudadas pela ciência jurídica abre margens para considerações mais propícias sobre o questionamento realizado. Partindo desse pressuposto, iniciamos tal resposta com base no pensamento Jusnaturalista.

O Jusnaturalismo usa como base a racionalidade e os valores de justiça para considerar o acesso à internet, bem como outros direitos discutidos na atualidade, como um direito fundamental. Para essa corrente doutrinária, existem direitos que independem da vontade política de positivação, sendo esses considerados fundamentais,

atendendo, assim, à presença de um "senso comum" existente entre as pessoas[25].

A ideia do senso comum é atrelada à moral do homem, pois o direito natural acredita que a aplicabilidade do direito, mediante o uso da razão, retira fundamentos da moralidade, aplicando-se a todos de maneira universal. A corrente Jusnaturalista, portanto, ao retirar sua autoridade da moralidade, justifica a observância de determinado preceito, independentemente de sua positivação. Além disso, para seus defensores, esse direito tem origem na natureza humana, não ficando dependente da vontade do legislador para existir ou ser aplicado[26].

Utilizando a razão como fundamento, poderíamos então, segundo essa linha científica, considerar que o acesso à internet é um direito fundamental. Por esse ângulo, Carlos Colontonio ainda reitera que mesmo diante da omissão estatal em positivar o acesso às redes como um direito fundamental, a visão Jusnaturalista se alimenta do consenso público de que o acesso à internet é essencial para a civilização moderna, e isto é o suficiente para admitir sua relevância como garantia individual[27].

Dessa forma, uma criança, assim como no exemplo concreto citado neste ensaio, poderia considerar que sua dignidade foi abalada caso não conseguisse estudar diante da falta de acesso à internet. Um adulto teria dificuldades em exercer sua cidadania e seus direitos políticos devido à ausência de ferramentas para propiciar o pleno exercício desse direito, ou até mesmo a busca pelo pleno emprego seria dificultada pela ausência de acesso à rede de computadores.

Apesar disso, não podemos considerar apenas essa hipótese e finalizar esta pesquisa apresentando apenas um ponto de vista. Deixando o subjetivismo e o indeterminismo Jusnaturalista de lado, há aqueles que defendem que a positivação do direito na Carta Maior

25 COLONTONIO, Carlos Ogawa. O acesso à internet é um direito fundamental? **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 4, 2020, p. 7.

26 PAULA, Thiago Gomes Luiz de; ORRUTEA, Rogério. O direito natural e suas múltiplas perspectivas na filosofia do direito. **Revista Jurídica On-line do Curso de Direito do Centro UNISAL**, v. 1, p. 10, 2014, p. 7.

27 COLONTONIO, Carlos Ogawa. *Op. Cit.*, p. 7

é essencial para a existência de uma garantia fundamental, não sendo possível se valer de interpretações extensivas para permitir a existência da hipótese de direitos fundamentais implícitos.

Interpretações extensivas geralmente desvirtuam o objeto central do texto jurídico. Ao atribuir uma concepção normativa distinta daquela pretendida pelo legislador, no momento da criação da lei, podemos obter um resultado diverso, incoerente e não programado, ocasionando em rupturas em um ordenamento jurídico saudável.

Nessa linha de raciocínio, também não parece coerente considerar a hipótese de direitos fundamentais implícitos, haja vista que, primeiramente, sua existência não é pacífica pela doutrina do direito e, segundamente, esses direitos necessitam de um direito ou norma explícita para existir, não sendo claro de qual direito fundamental o acesso à internet estaria sendo derivado[28].

Essa é a mesma lógica utilizada para conceituar os novos direitos fundamentais, mas diferente destes, um direito fundamental implícito se origina de um direito existente, enquanto um novo direito fundamental é o próprio direito positivado refletido no ambiente digital.

> Os direitos fundamentais trazem valores, axiomas, padrões essenciais que, por serem fundamentais e inescapáveis da natureza de uma vida humana digna, devem ser preservados. Assim, o conteúdo dos direitos fundamentais são características elementares da natureza humana, como a vida, a saúde, a liberdade, a segurança, a honra, a imagem, a participação na política, a educação, o exercício de uma profissão e uma função na vida, a felicidade, a família.[29]

Assim sendo, não poderíamos considerar o direito de acesso à internet como um direito fundamental, visto que este não representa

28 COLONTONIO, Carlos Ogawa. *Op. cit.*, p. 12

29 COLONTONIO, Carlos Ogawa. *Op. cit.*, p. 13.

um axioma da existência humana, tampouco podemos acreditar que estamos diante de um novo direito fundamental, em razão da inexistência dos reflexos de direitos fundamentais estabelecidos no campo cibernético.

Contudo, o acesso à internet não pode ser descartado como uma ferramenta essencial para a vida contemporânea. Esse entendimento pôde ser construído mediante as últimas décadas de evolução do próprio direito, e das conferências realizadas no mundo em defesa da internet como garantidora de direitos.

Em 2011, durante a Assembleia Geral do Conselho de Direitos Humano da Organização das Nações Unidas[30], foram promovidos debates sobre questões inerentes à internet, como os seus princípios e valores. Ao final, foi declarado que o acesso à internet é um direito humano básico, sendo firmada a sua importância e "imprescindibilidade nos setores econômico, político e governamental, além das já conhecidas vantagens sociais[31]".

Cinco anos depois, em 2016, a ONU reiterou seu entendimento ao considerar, após conflitos internos na Síria, que desconectar ou cortar o acesso à internet das pessoas é uma ação antagônica aos direitos universais, sendo de "responsabilidade do Estado manter o serviço de internet funcionando durante todo o tempo, inclusive nos de incerteza política[32]".

Já no Brasil, mediante a promulgação da Lei Federal n° 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, o uso da

30 HUMAN RIGHT COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

31 SILVA, Rosane Leal da; OLIVEIRA, Gislaine Ferreira**.** A universalização do acesso à internet como novo direito fundamental: das políticas de inclusão à educação digital. *In*: ROVER, Aires José, CELLA, José Renato Graziero, AYUDA, Fernando Galindo. (Org.). **Direitos fundamentais e democracia I**: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI. Florianópolis: Funjab, 2014. p. 2.

32 CASSIANI, Arthur Gonçales; MARTOS, Frederico Thales de Araújo. O acesso à internet como direito fundamental e a possível limitação dos planos pelas operadoras. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, v.2, n. 1, 2017, p. 85.

internet no Brasil foi disciplinada em conjunto com fundamentos que implicam a respeitabilidade e em garantias a outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o respeito ao desenvolvimento da personalidade[33].

O art. 7°, caput, do Marco Civil, ainda atribui características de essencialidade ao acesso à internet, definindo-o como uma ferramenta que propicia o exercício da cidadania. Em seu rol de incisos, o artigo ainda aponta para proteções de direitos fundamentais, resguardando aos usuários da rede mundial de computadores no Brasil da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, elementos pertencentes aos direitos de personalidade.

Destarte, desde 2010, a comunidade internacional já discutia a ideia de tornar a internet uma garantia fundamental. Na pesquisa realizada, o Brasil liderou os números apresentados, onde 4 em cada 5, ou 91% dos entrevistados brasileiros, foram a favor da caracterização do acesso à internet como um direito fundamental, justificando suas respostas com base nas vantagens da digitalização[34]. Na mesma década, países como a Finlândia foram pioneiros nas tratativas que consideravam o acesso à internet como um direito fundamental básico, sendo assegurado para sua população uma velocidade mínima de conexão[35].

Apesar de no Brasil não haver lei similar à finlandesa, em 2022 ocorreu a primeira manifestação constitucional do legislador pátrio sobre a matéria da internet, mediante a Emenda Constitucional de n° 115, que introduziu no art. 5°, ou seja, no rol de garantias fundamentais, o inciso LXXIX, que disciplina sobre a proteção de dados pessoais na

33 BRASIL. **Lei Federal n° 12.965/2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 nov. 2023

34 BBC. **Para 4 em cada 5 pessoas, internet é direito fundamental, diz pesquisa**. 2010. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/03/100307_pesquisabbc_internetml. Acesso em: 15 nov. 2023

35 SARACENI, Bernardo *et al.* **Internet como um direito fundamental no Brasil.** 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/357034/internet-como-um-direito-fundamental-no-brasil. Acesso em: 09 nov. 2023

internet do país[36]. Dentre outras disposições nesse sentido, a emenda ainda firmou em outros artigos constitucionais a competência privativa à União para tratar sobre matérias relacionadas à proteção e tratamento de dados.

Fica evidente, portanto, que novas discussões sobre os direitos e deveres relacionados à acessibilidade à rede mundial de computadores cresce no cenário normativo nacional e internacional, bem como no campo científico, que assim como esta pesquisa, trabalha abordando o uso, a segurança e as garantias derivadas do acesso à internet para a população, suplementando as mudanças de paradigmas do direito na Era Digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste ensaio, trabalhamos aspectos inerentes à revolução 4.0 e suas transformações na civilização ao compreender a exclusão digital e a ligação da internet com os direitos fundamentais. A exposição da essencialidade da rede mundial de computadores durante toda a produção textual, reiterada diversas vezes, reafirma seu caráter primordial para a sociedade moderna, auxiliando a compreender os desafios enfrentados diante de sua ausência por falta de acesso.

Novas pesquisas, assim como esta, que tratam sobre os direitos fundamentais e suas mutações ao longo das décadas, reforçam o prisma de que o Direito não pode ficar estagnado, devendo sempre acompanhar o caminhar humano, e nesse aspecto este trabalho se preocupou em transmitir ao leitor tais mudanças, cuja conexão entre a cibercultura digital e o sistema jurídico nacional, precedida pela constitucionalização de direitos, originou novas concepções sobre

36 BRASIL. **Emenda Constitucional n° 115/2022**. Altera a constituição federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 09 jan. 2024.

os reflexos das garantias individuais no ambiente digital, os quais chamamos de Novos Direitos Fundamentais.

Esses entendimentos colaboraram para a resposta da indagação central deste capítulo, a colocação do acesso à internet como um direito fundamental. Após a pesquisa realizada, na qual foram atribuídas vertentes doutrinárias opostas e textos normativos nacionais e internacionais, obtivemos a conclusão não exaustiva de que o acesso à internet é uma ferramenta para efetivação de direitos fundamentais, mas não se enquadra propriamente como um direito fundamental por ausência de positivação e de consenso doutrinário quanto à existência de um direito fundamental implícito que não retira seus fundamentos de um texto escrito.

Ademais, não há óbices quanto à configuração, mediante emenda constitucional, do acesso à internet como um direito fundamental no futuro, haja vista que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já considera sua essencialidade em disposições infraconstitucionais, o que demonstra que discussões com esse teor já acontecem no cenário legislativo nacional, sendo interessante, para fins de diminuição das desigualdades sociais e da promoção de garantias individuais, que ocorram tratativas quanto à efetivação do acesso à internet como um direito fundamental.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Hanna Haviva Vasconcelos; DA SILVA, Jessica Aline Caparica. Direito à personalidade digital ou virtual como um exercício de direito fundamental e suas implicações. **Cadernos de graduação Ciências Humanas e Sociais,** v. 6, n. 2, 2020, p. 139.

BBC. **Para 4 em cada 5 pessoas, internet é direito fundamental, diz pesquisa**. 2010. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/03/100307_pesquisabbc_internetml. Acesso em: 15 nov. 2023

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5

BRASIL. **Emenda Constitucional n° 115/2022**. Altera a constituição federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 09 jan. 2024.

BRASIL. **Lei Federal n° 12.965/2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 nov. 2023

BRASIL. **Lei Federal nº 10.406/2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 23 nov. 2023

BRASSCOM; TIC. **Relatório Setorial 2021**. 2022. Disponível em: https://brasscom.org.br/pdfs/relatorio-setorial-2021/. Acesso em: 20 nov. 2023.

CASSIANI, Arthur Gonçales; MARTOS, Frederico Thales de Araújo. O acesso à internet como direito fundamental e a possível limitação dos planos pelas operadoras. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, v. 2, n. 1, 2017, p. 85.

COLONTONIO, Carlos Ogawa. O acesso à internet é um direito fundamental**? Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 4, p. 1-17, 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 488

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Pessoa e sujeito de direito: reflexões sobre a proposta europeia de personalidade jurídica eletrônica. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 23, 2020, p. 70

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 58

G1 GLOBO. **Alunos de baixa renda esbarram em falta de recursos com EAD na pandemia da Covid-19:** 'internet às vezes falta'. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2020/05/13/alunos-de-baixa-renda-esbarram-em-falta-de-recursos-para-aulas-ead-na-pandemia-da-covid-19-internet-as-vezes-falta.ghtml. Acesso em: 14 nov. 2023

HUMAN RIGHT COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. 2011. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/

bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

LANNES, Yuri Nathan da Costa; MIRANDA, Marina da Costa; BAGNOLI, Vicente. Revolução 4.0: Justiça, Desenvolvimento e Desigualdades. *In:* ROVER, Aires Jose *et al.* (Coord.) **Direito, governança e novas tecnologias III**. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 232

LEMOS, André. **Caderno de Viagem:** comunicação, lugares e tecnologias. Porto Alegre: Editora Plus, 2010. p. 42.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2018, p. 188.

PAULA, Thiago Gomes Luiz de; ORRUTEA, Rogério. O direito natural e suas múltiplas perspectivas na filosofia do direito. **Revista Jurídica On-line do Curso de Direito do Centro Unisal de Lorena/SP**, v. 1, p. 10, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 127.

QUEIROZ PEREIRA, Fabio; PINTO, Santiago. Constitucionalização do direito civil e direitos fundamentais: uma abordagem crítica. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, v. 16, p. 6, 2012.

RIZZO, Laura; DUARTE NETO, José. A constitucionalização do Direito Civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Seminário de Pesquisa em Direito da FDRP**, Ribeirão Preto, 3, 2018.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-social do Direito. **Revista de informação legislativa,** v. 186, p. 245-264, 2010.

SARACENI, Bernardo *et al.* **Internet como um direito fundamental no Brasil.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/357034/

internet-como-um-direito-fundamental-no-brasil. Acesso em: 09 nov. 2023

SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 24.

SCHWAB. Klaus. SCHWAB. Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo, Edipro, 2016. p. 16.

SILVA, Rosane Leal da; OLIVEIRA, Gislaine Ferreira**.** A universalização do acesso à internet como novo direito fundamental: das políticas de inclusão à educação digital. *In*: ROVER, Aires José; CELLA, José Renato Graziero; AYUDA, Fernando Galindo. (Org.). **Direitos fundamentais e democracia I**: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI. Florianópolis: Funjab, 2014. p. 2.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. *In.:* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 273.

VELOSO, Lucas; FELÍCIO, Ana Beatriz. **Sem acesso à internet, famílias não conseguem usar o auxílio emergencial**. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/04/sem-acesso-a-internet-familias-nao-conseguem-usar-auxilio-emergencial.shtml. Acesso em: 20 nov. 2023

YOUSSEF, Abeer Mohamed Abdel Razek. The Role of the Digital Economy in Sustainable Development. **International Journal of Humanities and Language Research**, v. 5, Issue 2, p 13-25, 2022.

21. O SISTEMA DE APOIO DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO COLOCADO A PROVA E O RECONHECIMENTO DA GUARDA DE FATO[1]

Joanna Dhália Andrade Macedo Gomes

INTRODUÇÃO

Após a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) a antiga curatela, também chamada de interdição, assumiu um novo perfil e passou a dividir o cenário com outras medidas de apoio, como a tomada de decisão apoiada. O modelo de substituição de vontade e extremamente intervencionista perdeu lugar para preservação da autonomia dando uma nova compreensão ao regime das incapacidades.

A deficiência deixa de ser corolário da incapacidade, tem o novo arcabouço jurídico conferido em regra a capacidade plena a todas as pessoas independente de eventual terem uma limitação, seja ela de ordem física, mental, intelectual ou sensorial. Portanto, a deficiência é aceita como um fato orgânico que se dissocia do conceito de incapacidade, afastando o conceito biológico e patológico excludente de deficiência.

Reflexão importante é feita relacionando a deficiência, seja sensorial, física ou intelectual ao envelhecimento da população, compreendendo a deficiência com uma característica inerente ao indivíduo, observando-a não como uma limitação própria, e sim como um problema social de inadequação que passou a ter notoriedade justamente com o envelhecimento da população, eis que a população idosa experimenta a deficiência pelo desgaste gradual e inevitável do corpo.

---

1 Publicado em: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola; ANDRADE; Gustavo. (Org.). **Relações Privadas na Contemporaneidade.** Andradina: Editora Meraki, 2021. p. 114-134.

O modelo social de abordagem da deficiência passa a ter enfoque em eliminar as barreiras sociais, oposto ao que preceitua o modelo médico que atribuía a pessoa com deficiência envidar esforços para adequar-se às relações sociais[2]. Assim, a fim de alcançar o objetivo da CDPD que é garantir a inclusão participativa da pessoa com deficiência, os Estados signatários se comprometeram a mitigar as barreiras sociais e institucionais que se prestam apenas ao agravamento daquelas limitações naturais.[3]

O presente ensaio pretende abordar a utilização dos mecanismos de apoio sob o regramento da Lei Brasileira de Inclusão e que segue os ditames da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, tutelando o respeito à autonomia e a reconstrução da vontade biografa da pessoa.

Neste cenário, busca-se responder os seguintes questionamentos: a tomada de decisão apoiada, em seu formato atual, se mostra o instrumento adequado para tutelar as pessoas em situação de vulnerabilidade? Além disso, existem outros mecanismos de apoio que podem tutelar as pessoas com deficiências intelectuais?

Considerando o panorama atual, partiremos do perfil humanizado, excepcional e transitório da curatela para compreender em quais casos seria plausível a sua utilização, ressaltando a preferência pelos apoios que não restrinjam a capacidade e abordando também as especificidades da tomada de decisão apoiada e as peculiaridades da situação da guarda de fato. Para tanto, procedeu-se a uma pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema na legislação, doutrina e

2 ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. Estatuto das Pessoas com Deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco. *In:* FIÚZA, Cesar (org.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência:** Reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 44.

3 MENEZES, Joyceane B. A capacidade dos incapazes: um diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil brasileiro. *In.:* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO Paulo (Coord.); RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski (org.). **Direito Civil Constitucional:** a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 59.

jurisprudência, buscando como adequar os mecanismos de apoio para melhor tutelar as pessoas com deficiências intelectuais, analisando a disciplina jurídica que envolve a temática.

O PROTAGONISMO DA CURATELA FRENTE A PROPOSTA EMANCIPATÓRIA E OS MECANISMOS DE APOIO

O sistema de apoios sofreu ampla modificação com o advento da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, intitulada Lei Brasileira de Inclusão (LBI) – também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) – veio disciplinar o regime inserido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), promulgada pelo Decreto 6.949, de 25.08.2009, revogando e modificando a legislação vigente que continha normas contrárias a promoção da inclusão e ao exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

De modo incisivo a LBI alterou o Código Civil reformulando os incisos dos artigos 3º e 4º do CC/2002, deixando apenas o critério etário como hipótese de incapacidade absoluta, restrita aos menores de 16 anos. Guiando-se pelas diretrizes da CDPD afastou-se a deficiência da incapacidade e foram derrogados artigos do Código Civil[4] ainda que posteriormente a LBI tenha derrogado expressamente, passando assim a afastar a vinculação entre deficiência e incapacidade.

Após seis longos anos entre a Convenção e a LBI, este último diploma abandonou a herança patrimonialista recebida na época do liberalismo que primava pela proteção do patrimônio do incapaz e impedia a prática de atos negociais para garantir segurança às relações jurídicas, passando a fazer uma abordagem sob a ótica do direito civil constitucional que coloca a pessoa humana no centro das preocupações do direito[5] e pauta-se na dignidade da pessoa como valor precípuo do ordenamento jurídico.

4 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** São Paulo: Saraiva, 2017. p. 421

5 FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do

No cenário de predomínio das relações jurídicas existenciais sobres as patrimoniais, a capacidade civil torna-se regra para todas as pessoas, sendo a curatela uma medida excepcional e instrumento de proteção que necessita do crivo judicial para limitar o agir do indivíduo de forma proporcional as necessidades de cada um e pelo menor tempo possível, nos termos do artigo 84 da LBI.

Essa nova disciplina impõe uma curatela modulada as necessidades de apoio de cada pessoa e que o curador se empenhe em apoiar e facilitar a declaração de vontade da pessoa com deficiência e busque a sua independência e autonomia, divergindo do antigo modelo de substituição de vontade. Nos dizeres de Vitor Almeida "a curatela foi refundada, tendo sido sua estrutura e função modificadas. Não se trata de novos contornos, mas sim de novos perfis à luz do plural estatuto da pessoa com restrições à capacidade civil."[6]

Contudo, há críticas ao novo sistema advogando a necessidade de ajuste no sistema de apoios que ainda encontra entraves para sua efetivação plena, pois como afirmam Konder e Schreiber "apesar das boas intenções que lhe serviram de inspiração, incorreu em equívocos significativos ao introduzir alterações drásticas no regime das incapacidades e na disciplina da curatela sem a devida preocupação sistêmica"[7].

Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 757/2015 que orientado pelo parecer de Flavio Tartuce alerta para o desamparo de algumas situações, especialmente a dos sujeitos que não tem condições de exprimir vontade, ainda que transitória, e, portanto, critica o rol de pessoa relativamente capazes do artigo 4º do Código Civil[8].

---

neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. v. 35. p. 101-119, jul./set. 2008.

6 ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte. Fórum, 2019. p. 203.

7 KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil,** v. 10, p. 23, out. /dez. 2016.

8 TARTUCE, Flavio. **Parecer do projeto de lei do Senado Federal nº 757/2015**. 2016. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/

O suposto desamparo fecha os olhos para o caráter emancipatório e de respeito a autonomia da pessoa com deficiência prezando pela utilização da curatela como uma medida rara, por ser o instrumento mais invasivo a que pode ser submetida uma pessoa, admitindo ser necessário um instrumento intermediário para tutela e apoio da pessoa com deficiência.

Assim, a CDPD prevê que os Estados devem adotar vários instrumentos de apoio que abarquem as diferentes situações e forneça adaptações razoáveis para o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência (art. 12.3 CDPD), portanto além da curatela a LBI trouxe novo instituto que é a tomada de decisão apoiada, inserido no art. 1.783-A do Código Civil.

A tomada de decisão apoiada surge como um instrumento de apoio menos invasivo à autonomia da pessoa com deficiência, preservando a capacidade da pessoa com deficiência e permitindo que ela própria solicite o apoio como uma alternativa intermediária à pessoa que não necessita de um suporte extremo como a curatela.

O legislador brasileiro deu a tomada de decisão apoiada a natureza de instituto de jurisdição voluntária, com a participação do Ministério Público no papel de *custos legis,* tendo como legitimado exclusivo a pessoa com deficiência a ser apoiada que apresentará um plano de apoio especificando quais os atos necessitam de assistência, podendo incidir sobre questões patrimoniais e/ou questões existenciais[9], elegendo pelo menos dois apoiadores para tal função.

Diante desse cenário, vejamos como a experiência vem utilizando os mecanismos de apoio à disposição das pessoas com deficiência. Uma das maiores discussões permeia as consequências do reconhecimento da capacidade plena e apenas a possibilidade

documento?t=195850&mime=application/pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

9 MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada*:* instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil,** v. 9, p. 31-57, jul./set. 2016.

da incapacidade civil relativa àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Nesse aspecto, a pandemia provocada pelo Covid-19 que apresenta índices mais letais às pessoas idosas com comorbidades associadas, traz a reflexão para esfera pessoal dos indivíduos e familiares em situação de risco ou que foram contaminados, podendo vir a precisar ser internadas por vários dias e ficar impossibilitadas de se comunicar.

O paciente que evolui para um estado grave e precisa ser internado passa dias árduos e tem como principal sintoma a dificuldade respiratória com a necessidade do uso de respiradores, assim impossibilitando a comunicação. Diante de tais fatores e dos riscos exponenciais, o cuidado com as pessoas idosas passou a ser redobrado, no entanto isso não implica automaticamente na privação da autonomia para subtrair a capacidade decisória da pessoa idosa.[10]

Analisando a jurisprudência, é notável o protagonismo que a curatela ainda detém seguindo caminho oposto ao viés emancipatório da CDPD e da LBI, sendo objeto de demandas que buscam proteger uma pessoa idosa ou com doenças crônicas pleiteando a nomeação de um curador para representar a pessoa idosa em situações patrimoniais cotidianas, como em agências bancárias para percebimento de aposentadoria ou benefícios assistências, sob o argumento genérico que não analisam as limitações individuais para um projeto terapêutico individualizado da pessoa com deficiência que será submetida a curatela.

O Judiciário já se debruçou sobre o tema durante a pandemia em um caso julgado no Estado do Ceará em uma demanda interposta pela filha de uma idosa com 91 anos, aposentada e lúcida para que pudesse representá-la em bancos e repartições previdenciárias[11]. O

10 MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Os impactos do covid-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia.** 2020. Disponível em: http://civilistica.com/os-impactos-do-covid-19-no-direito-de-família/. Acesso em 26 jun. 2020.

11 MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Op cit.* p. 31

magistrado decidiu por conceder a curatela provisória sob o seguinte argumento "exigir, em tempos de pandemia, a ida de uma idosa até um dos postos do INSS, ou a uma lotérica para receber seu benefício, este indispensável para sua sobrevivência, é medida que deve ser afastada."[12]

É louvável o exercício hermenêutico do intérprete para tutelar a pessoa idosa em período de pandemia que nos coloca em situação atípica e que impõe soluções diversas da normalidade, entretanto a referida decisão exprime o caráter substitutivo de vontade e afasta a excepcionalidade da curatela, o que não se harmoniza com o atual sistema de proteção dos vulneráveis.

Alerta Joyceane Menezes que

> (...) aplicar-se a curatela para fins provisórios a pessoa inteiramente lúcida é lançar mão de uma alternativa extremada, vez que recomendável apenas casos absolutamente excepcionais de necessidade de apoio extremo ao exercício da capacidade em virtude de deficiência psíquica ou intelectual. Uma vez decretada, a sua reversão dependerá de pedido específico para o seu levantamento, o que pode trazer excessivo ônus ao curatelado.[13]

Fazendo uma análise do caso em tela, vemos que não há menção a qualquer debilidade ou limitação do agir da pessoa curatelada para ensejar medida extrema de restrição da capacidade, se pleiteia algo mais próximo a um instrumento de mandato que poderia ser feito mediante procuração em cartório. Assim, o contrato de mandato parece uma alternativa mais prática à pessoa com deficiência capaz

12 Trecho da decisão do juízo da comarca de Ibiapina/CE, nos autos do Processo: 0050076-21.2020.8.06.0087 retirado da obra de MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Op cit.* p. 31

13 MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Op cit.* p. 31

que, sem o crivo judicial, pode outorgar poderes para o mandatário representar seus interesses[14].

Para além, a alegação referente à representação em repartições previdenciárias só mereceria prosperar caso não se tivesse conhecimento que o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) mediante a Portaria nº 373/PRES/INSS, de 16 de março de 2020, interrompeu as rotinas de atualização e manutenção de benefícios por 90 dias e em seguida foi prorrogada pela Portaria nº 680, de 17 de junho de 2020 por mais 60 dias, o que torna prescindível a curatela para tal fim.

De modo diverso, em Alagoas, o filho de um idoso recorreu ao Judiciário, pleiteando a curatela de seu genitor, aposentado com 71 anos e internado em estado grave, com Covid-19, intubado e dependente de ventilação mecânica, para gerenciar temporariamente os atos e os negócios da vida civil do genitor especialmente para efetuar os pagamentos de contas referentes ao seu pai. Coube ao juízo da 27ª Vara Cível da comarca de Maceió/AL nos autos do processo nº 0716154-23.2020.8.02.0001 deferir a tutela de urgência, fixando a curatela provisória para instituir a representação do idoso, com limitação temporal de seis meses.

Vejamos que a magistrada, seguindo as orientações do Conselho Nacional de Justiça, dispensou provisoriamente a entrevista para atender com celeridade a demanda, nos moldes da Resolução do CNJ nº 313/2020, tendo em vista que se trata de caso de curatela sendo necessária a representação[15], mas ao mesmo tempo cabe ao curador obedecer a vontade do curatelado e optar pelas decisões que sejam reflexo da vontade do curatelado.

---

14 SCHREIBER, Anderson. **Tomada de Decisão Apoiada**: o que é e qual sua utilidade. 2016. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608. Acesso em: 14 jun. 2020.

15 De acordo com o Enunciado do CJF nº 637 da VIII Jornada de Direito Civil, admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.

Dessa forma, percebemos uma distinção relevante entre o segundo caso e o primeiro, em que neste último o idoso ficou impossibilitado de exprimir sua vontade em decorrência da Covid-19 e, portanto, fora concedida a curatela provisória. Já no primeiro caso, o argumento do risco potencial de contágio da pessoa idosa e da dificuldade de deslocar-se a um cartório para outorgar procuração, deveria o magistrado atentar que não foi demonstrada nenhuma limitação à capacidade do indivíduo.

Outro ponto que cabe destacar é o critério temporal da medida, na decisão do juízo de Alagoas foi fixado um prazo de seis meses para a curatela provisória, assim pondo um termo final para a revisão da curatela provisória, averiguando a situação do curatelado em uma nova oportunidade, nos moldes do que preleciona o artigo 84 da LBI, o que não foi observado no caso julgado no Estado do Ceará.

As hipóteses de restrição da capacidade não devem ser elastecidas, ainda que instituir a curatela apresenta-se a solução mais prática para atender a um interesse específico e momentâneo de uma pessoa do grupo de risco. Há de se socorrer a outro instituto do direito civil para suprir tal necessidade sem privar-lhe a capacidade plena, seja este extrajudicial como o mandato ou judicial como a tomada de decisão apoiada, desde que preencha os requisitos.

O recorte desses casos concretos nos leva a perceber como ainda não foi compreendido no judiciário o novo perfil da curatela e as diretrizes da LBI e da CDPD, mostrando que ainda estamos trilhando o caminha para afastar a deficiência da incapacidade, compreendendo que a regra é a capacidade e sua restrição só se dá em casos excepcionais e observado o menor tempo possível.

Portanto, faz-se importante discorrer sobre as hipóteses de utilização de instrumentos de apoio, como a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade, buscando desmitificar o sistema de apoios para que a curatela e tomada de decisão apoiada ocupem cada um seu espaço, a fim de que cumpram sua função de tutelar e proteger com autonomia das pessoas com deficiências intelectuais.

A DESJUDICIALIZAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA E DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A tomada de decisão apoiada trata-se de um instituto novo que não encontra semelhança com nenhum outro existente no ordenamento jurídico, inserido a fim de cumprir o dever que emana do art. 12.3 a CDPD. "Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal".

Nos dizeres de Nelson Rosenvald: "Com efeito, a tomada de decisão apoiada apresenta filosofia bem distinta da curatela, pois respeita ao máximo a capacidade de agir da pessoa vulnerável juridicamente que requer proteção, sem, contudo, anular ou restringir os seus direitos básicos, que restam salvaguardados"[16].

O intuito da CDPD foi justamente que se criasse um instituto assistencialista, menos invasivo à autonomia da pessoa com deficiência visando oportunizar que a pessoa com deficiência tome suas próprias decisões ao invés de se fazerem substituir por outrem, em um só passo, protegendo e privilegiando a autonomia pessoa com deficiência.

Em outros países, existem institutos similares como a a*mministrazione di sostegno* na Itália, o contrato de representação instituído pela *British Columbiam* no Canadá, o *Sachwalterschaft* na Bélgica, o *Betreuung* na Alemanha, o instituto do *sauvegarde de justice* na França, que adota um procedimento administrativo e, por fim, o *apoyo* na Argentina inserido no art. 43 do Código Civil e Comercial Argentino que é a figura que mais se aproxima da tomada de decisão apoiada brasileira.[17]

16 ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada**: Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Disponível em: http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/. Acessado em: 03 dez. 2018.

17 MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 9, p. 31-57, jul./set. 2016.

Cabe destacar que a tomada de decisão apoiada seguindo o viés emancipatório estabeleceu a obrigatoriedade de um prazo de vigência para o termo firmado, dessa forma implementando a prática de revisão dos termos de apoio a fim de ajustá-los as necessidades contemporâneas da pessoa apoiada, em direção diametralmente oposta a antiga interdição permanente que pode ser assimilada a uma morte civil.

É importante compreendermos que cada deficiência sofre modificações, sejam degenerativas ou não, admitindo-se que pode haver uma evolução no tratamento médico, ou surgirem inovações tecnológicas que supram ou amenizem uma barreira existente à determinada deficiência e, por conseguinte, ocasione uma modificação nas necessidades daquela pessoa, portanto a revisão periódica da curatela se faz relevante, pois ainda que durável, a lei impõe que a curatela dure o menor tempo possível[18].

No tocante à judicialização do procedimento, apesar de compreender a peculiaridade do tema, não se pode olvidar que a celeridade de tramitação dos processos judiciais não é uma realidade brasileira e sob a ótica de que estamos tratando de um mero apoio pode se revelar um procedimento demasiadamente burocrático, chegando até a desestimular a sua aplicação.

O artigo 1.783-A do Código de Processo Civil, ao trazer estabelecer o procedimento judicial para a tomada de decisão apoiada modificou a essência do instituto que tem como característica principal o apoio sem restringir ou reduzir a capacidade da pessoa com deficiência. Assim, sendo a pessoa plenamente capaz e tendo em vista que se trata de direitos disponíveis, seria prescindível judicializar a nomeação dos apoiadores.

Ao estabelecer o procedimento de jurisdição voluntária, por conseguinte, tornou obrigatória a participação do Ministério Público no processo de tomada de decisão apoiada. Tendo em vista que o referido órgão tem como função proteger o interesse dos incapazes

18 ALMEIDA, VITOR. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela.** Belo Horizonte. Fórum, 2019. p. 184

e intervir nos processos como fiscal da ordem jurídica quando há interesse de incapaz, nos moldes do artigo 178 do Código de Processo Civil, revela-se nesse ponto uma presunção de incapacidade da pessoa com deficiência, ou uma desarmonia do ordenamento jurídico.

Tal afirmação encontra justificativa de acordo com Joyceane Menezes por ser um instituto que se presta a pessoas com alguma restrição de capacidade, atuando o Ministério Público como *custos legis* e visando a um maior espectro de tutela dos interesses do beneficiário, impediu a sua realização de forma extrajudicial, optando pela judicialização.[19]

Uma vez que a lei estabelece que a tomada de decisão apoiada é o instrumento voltado às pessoas com deficiência plenamente capazes, que tenham alguma restrição no livre agir individual, sem comprometer as funções cognitivas e deixá-la dependentes em grau significativo[20], não há congruência na imposição de haver atuação do Ministério Público posto que não se enquadra nas hipóteses do artigo 178 do CPC.

Seguindo entendimento de Anderson Schreiber, é equivocada a exigência de intervenção do Ministério Público, chegando até a interpretar como um preconceito da Lei Brasileira de Inclusão que trata nesse aspecto a pessoa com deficiência como um sujeito incapaz de decidir sobre os rumos de sua própria vida, característica que deveria ser abolida pela LBI[21].

Considerando que a pessoa com deficiência é capaz e o direito disponível o procedimento da tomada de decisão apoiada poderia ser realizado pelos tabelionatos, a exemplo do inventário extrajudicial, desde que não haja testamento nem herdeiros incapazes e divórcio sem filhos menores.

A consequência inevitável é a onerosidade do procedimento a ser realizado nos tabelionatos o que pode vir a ser um fator de dificuldade para a realização do termo com os apoiadores, no entanto não se pode

19 MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Op cit.* p. 45
20 ALMEIDA, VITOR. *Op cit.* p. 221
21 SCHREIBER, Anderson. *Op cit.*

olvidar que a morosidade do processo judicial também traz reflexos financeiros.

Ademais, apesar de não haver a participação do Ministério Público, desconfiando o oficial que o propósito das partes ao procurarem a via administrativa é prejudicar terceiros de boa-fé, ou que uma das partes não expressa o consentimento livre, pode suscitar a dúvida nos termos do artigo 198 da Lei de Registros Públicos - Lei 6.015/73, judicializando todo procedimento.

Para além, cabe destacar que a curatela inserida pela LBI propõe que, ao fixá-la, o juiz estabeleça os limites da curatela, tornando-se, dessa forma, um instituto flexível e ajustável a diversos casos, especificando em cada caso para quais atos a pessoa necessita de assistência e para quais necessita de representação, não sendo afetados os atos existenciais. O juiz na sentença que institui a curatela, além de nomear o curador, fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito, consideradas suas características pessoais, e observadas suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências (art. 755, I e II, CPC).[22]

Trazendo a exposição para análise de um caso concreto, os tribunais pátrios paulatinamente estão abordando o tema, e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apreciou o caso de uma senhora que foi diagnosticada com neoplasia maligna do pâncreas que pretendia ser representada em caso de sua ausência ou de eventual falta de possibilidade mental, usando a tomada de decisão apoiada para eleger seus irmãos como apoiadores para quando fosse incapaz de exprimir sua vontade.

No acórdão, os desembargadores destacaram que

> a apoiada nomeia e constitui seus apoiadores para representá-la e praticar diversos atos, mais se assemelhando aquele instrumento a um mandato, o que, por sinal, pode ser confeccionado pela requerente, independentemente de autorização

22 ALMEIDA, VITOR. *Op cit.* p. 238

> judicial, porém não se confunde com Tomada de Decisão Apoiada.[23]

A decisão do TJRS observa os limites objetivos da tomada de decisão apoiada, distinguindo-a do mandato que é um contrato pautado nas estritas regras do Código Civil em que se atribui poderes de representação do mandante ao mandatário para praticar atos jurídicos ou administrar interesses, diferente da tomada de decisão apoiada em que se objetiva um apoio de atos específicos que serão praticados em conjunto, cabendo ao apoiador orientar o apoiado e não atuar em nome deste.

Em verdade, a parte buscava a autocuratela como diretiva antecipada de vontade, no sentido de ser uma declaração prévia de vontade, na qual a pessoa ainda plenamente capaz escolhe o curador, ou seja, ainda com capacidade poderá designar uma ou mais pessoas para futuramente exercerem o papel de curador, externando suas vontades, desejos e crenças, caso eventualmente não possa mais exprimir em momento posterior.

A autocuratela é permitida no direito brasileiro à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da cláusula geral de proteção do melhor interesse da pessoa com deficiência expressa no artigo 8º da LBI[24], devendo o juiz levar em consideração a vontade e as preferências da pessoa curatelada.

Cabe esclarecer que a *priori* não há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade, sobre o tema Nelson Rosenvald afirma:

> Em princípio, estamos diante de institutos estruturalmente e funcionalmente distintos. A TDA surge para acompanhar um sujeito fragilizado,

23 RIO GRANDE DO SUL, TJ-RS. **Apelação Cível - AC: 70079344834 RS**, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 28/02/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/03/2019.

24 ALMEIDA, Vitor. *Op cit*. p. 264-265.

> tutelando a sua vontade residual. Portanto, opera efeitos imediatos e requer a comprovação de uma atual e efetiva limitação no autogoverno em audiência de entrevista perante o juiz. Em contrapartida, as diretivas antecipadas pressupõem a capacidade plena de quem redige o "testamento biológico" e somente produzirá efeitos sob a condição suspensiva de uma eventual impossibilidade absoluta de manifestação de vontade. Cuida-se de instrumento adequado para o exercício de uma autonomia terapêutica prospectiva.[25]

No caso em apreço do TJRS, a tomada de decisão apoiada não teria utilidade, pois não envolve poderes de representação, a curatela sim é orientada pela assistência e representação, no mesmo sentido corrobora o enunciado do CJF nº 640 da VIII Jornada de Direito Civil: a tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela.

No entanto, se trouxermos o caso para o cenário de pandemia resta inviável a uma pessoa que apresente uma comorbidade dirigir-se a um cartório para pactuar instrumento de mandato por escritura pública. À vista disso Joyceane Menezes sugere "uma representação judicial da pessoa que está no grupo de risco do Covid-19 nos casos em que não tiver condições de outorgar poderes por meio de procuração pública, usando as serventias cartorárias."[26]

Uma alternativa é apresentada por Thais Coelho que defende a extensão dos poderes conferidos no mandato, criando um mandato futuro ou permanente instrumentalizado por meio de uma procuração preventiva, revogando a ineficácia dos mandatos com a incapacidade do mandante, por ser o mandato permanente uma expressão da

25 ROSENVALD, Nelson. **Há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade?** Disponível em: https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/05/31/H%C3%A1-fungibilidade-entre-a-tomada-de-decis%C3%A3o-apoiada-e-as-diretivas-antecipadas-de-vontade-1. Acesso em: 16 jul. 2020.

26 MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Op cit.* p. 31

autonomia da vontade dispondo de questões patrimoniais que serão cumpridas no caso de uma futura incapacidade.[27]

Tais alternativas evitariam o uso banalizado da curatela para casos em que não há grave comprometimento das funcionalidades e dependência da pessoa, resguardando a excepcionalidade da curatela e compreendendo que seu fundamento se encontra na proteção da dignidade da pessoa, e não de terceiros, ainda que parentes[28].

Portanto, na análise do julgado do TJRS, o tribunal foi assertivo ao não reconhecer no caso concreto os requisitos da tomada de decisão apoiada, eis que as diretivas antecipadas de vontade não devem ser confundidas, sendo esse instituto ainda carente de regulamentação específica pela legislação brasileira, apenas regulado pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº 1.995/2012[29].

Dessa forma, as diretivas antecipadas de vontade consistem em um conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pela pessoa, gênero do qual se inserem o mandato duradouro, a declaração prévia de vontade e a autocuratela[30], apresentando-se como instrumento adequado para preservar à vontade da pessoa que transitoriamente fique impossibilitada de exprimir vontade, ou nos casos em que seja necessário pouco apoio, sendo suficiente o instrumento de mandato.

Assim, temos as diretivas que correspondem a negócios biojurídicos nos quais a pessoa deixa expressa a sua vontade sobre tratamentos médicos[31] e como apoio regulamentado apenas a

27 COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Autotutela: mandato permanente relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 24, p. 5-15, out.-nov. 2011.

28 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso direito civil***:* famílias. Editora Juspodivm: Salvador, 2017. p. 936.

29 Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber quando estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

30 PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v. 17, nº 3, p.523-543, 2009.

31 PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no brasil. **Revista do Direito**

tomada de decisão apoiada, que consiste em um negócio jurídico que se completar por um ato do Estado, por meio de um processo de jurisdição voluntária.

A pouca utilização desse apoio clama pela facilitação do procedimento inspirado na *sauvagarde de justice* francesa, a qual é instaurada por provimento de natureza meramente administrativa[32] ou que sejam inseridos novos mecanismos de apoio para tutelar a situações de pouco apoio em que a curatela não se faz necessária e a tomada de decisão apoiada inadequada.

A GUARDA DE FATO COMO UMA TERCEIRA FORMA DE APOIO

Sob o novo prisma de apoios e salvaguardas da CDPD, a limitação, sozinha, não é mais motivo bastante à consideração do sujeito como incapaz. Todavia, concretamente, pessoas vulneráveis por limitações podem vir a ter sua capacidade civil de fato restringida[33], o que suscitará na utilização de medidas de apoio.

Dentre as medidas de apoio na tomada de decisão apoiada os apoiadores funcionarão como coadjuvantes no processo decisório, isto é, auxiliares do apoiado e ao seu lado com a função de esclarecer, colaborar, auxiliar a reduzir as barreiras sociais, a fim de permitir que a pessoa apoiada possa livremente decidir conforme seus desígnios. Com isso, almeja-se promover a autonomia e a dignidade da pessoa com deficiência, "sem amputar ou restringir sua vontade nas decisões de índole existencial e patrimonial".[34]

Público, v. 14, n. 2, p. 168-186, ago. 2019.

32 SCHREIBER, Anderson. **Tomada de Decisão Apoiada:** o que é e qual sua utilidade? 2016. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608. Acesso em: 14 jun. 2020.

33 HIRATA, Alessandro; LIMA, Matheus Carvalho Assumpção de. Teoria das incapacidades e o Estatuto da pessoa com deficiência. *In:* FIÚZA, César (org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Salvador: Juspodivm, 2018, p. 83-120.

34 ALMEIDA, Vitor. *Op cit*. p. 222.

Nesse sentido, é premente a necessidade de situar esses novos modelos e extensões das medidas de apoio postas em favor das pessoas, justamente onde se insere a guarda de fato como um fato jurídico, isto é uma situação de fato que o direito deve tomar em consideração para a produção de determinados efeitos.[35]

A guarda de fato pode ser definida de acordo com Maria Cristina Berenguer Albaladejo como "uma situação em que uma pessoa se encarrega do cuidado de outra que necessita de proteção, sem intervenção administrativa ou judicial, e à margem da existência de um dever legal".[36] As pessoas que se encontram nessa situação são maiores e capazes em situação de vulnerabilidade e dependência, em casos que devido à condição psíquica ou intelectual poderiam estar curatelados, mas não o foram por motivos diversos.

Para compreender essas situações, devemos retomar a definição de guarda que, em suma, revela uma situação que uma pessoa se encarrega voluntariamente de outra, seja criança, adulto ou idoso com deficiência, que se encontre em situação de desamparo. Portanto a guarda é uma obrigação imposta a alguém de ter vigilância e zelo para conservação do bem, de coisas ou pessoas.

Dessa maneira, o guardador de fato será toda pessoa que custodie ou atenda alguém necessitado de proteção, sem possuir título legal que o habilite para tanto[37], ou seja, uma situação que uma pessoa se encarrega dos cuidados de outra que necessita de apoio para alguns atos do cotidiano, mas sem intervenção administrativa ou judicial, ficando à margem da existência de um dever legal.

Mostra-se relevante reconhecer juridicamente essa situação de fato que revela a necessidade de mais um mecanismo de apoio às pessoas com deficiências, a fim de superar os entraves da judicialização

35 ROOSENVALD, Nelson. **A guarda de fato como terceira via entre a curatela e a TDA**. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1365/A+guarda+de+fato+como+terceira+via+entre+a+curatela+e+a+TDA. Acesso em: 25 jun. 2020.

36 ALBALADEJO, Maria Cristina Berenguer. ***Responsabilidad civil de la persona mayor com discapacidad.*** Madrid: Editorial Reus, 2017. p. 60.

37 ROOSENVALD, Nelson. *Op cit.*

da tomada de decisão apoiada, para que se amolde aos casos de pouco apoio ou apoios mais simples voltados a superar as barreiras comunicacionais, tecnológicas e atitudinais.

Alinhando aos fins da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a guarda de fato pode ser reconhecida como uma terceira forma de proteção e promoção de direitos fundamentais da pessoa com deficiência intelectual, requerendo uma alteração legislativa para que possa atingir os planos da validade e eficácia os atos que sejam praticados pelo guardião e que resultem em utilidade a pessoa apoiada que está em situação de vulnerabilidade.

Até que se tenha uma legislação que crie tal instituto, a guarda de fato segue periférica apenas como um fato jurídico, no entanto Rosenvald defende que é possível aplicar o "modelo da gestão de negócios para se conferir pós-eficácia aos atos praticados pelo guardião de fato quando revertam em utilidade/proveito da pessoa vulnerável.[38]"

Dessa maneira, o autor propõe que se modele um "estatuto mínimo" para as situações de guarda de fato, atribuindo ao guardião funções e faculdades, desde que não fosse necessária uma prévia avaliação formal da capacidade natural da pessoa sob guarda nem um controle judicial sobre a nomeação do guardião. Ademais, sugere a utilização da ata notarial para acreditação, uma vez que a guarda de fato consiste em um fato notório, portanto aplicável o meio típico de presunção de veracidade e fé pública da ata notarial, formando prova pré-constituída.[39]

Ocorre que se a pessoa com deficiência tem capacidade plena, o regime da guarda de fato não poderá se assemelhar a guarda dos menores que se volta a pessoas absolutamente incapazes, seguindo o caminho de ressignificação, por decorrência, teríamos no conceito de guarda um novo enfoque para pessoas em situação de vulnerabilidade

38 *Ibidem.*

39 ROSENVALD, Nelson. *Op cit*. p. 15/16.

potencializada por uma deficiência psíquica ou intelectual, ou pela perda ou redução da autodeterminação na velhice.

Devemos cuidar para que a proposta de uma terceira forma de apoio não se converta em uma presunção de incapacidade, ainda que relativa, bem como não revele um caráter de substituição de vontade que afasta a tutela da dignidade-liberdade. Compreendendo que a guarda de fato é a medida preferida pelas famílias, relutantes em submeter um ente querido a um procedimento de modulação de capacidade.[40]

Buscar lançar mais pessoas com deficiência à condição de incapaz não deve ser a proposta, pois o sujeito deixa de ser estimulado a aprender e a desenvolver determinadas tarefas. Na perspectiva de Joyceane Menezes, o sujeito privado do exercício de decidir de forma contínua, estará enclausurado à perene passividade e, justamente, a fim de evitar esse destino, a CDPD propôs uma ampla inclusão, pautada na mudança atitudinal da família, da escola e da sociedade, no sentido de acreditar e estimular a pessoa a uma vida independente.[41]

Nesse sentido, a guarda de fato bem se ajusta aos casos que cuidados básicos sejam satisfatórios para maior parte dos casos em que a pessoa sob guarda, de fato, não detém um vasto patrimônio que venha a requerer a prática de atos e decisões relevantes, isto é, casos realmente de pouco apoio, sem o intuito de aproximar esse instituto da curatela ou da tomada de decisão apoiada.

Ainda que se reconheça que há pessoas que poderiam se submeter a curatela ou a tomada de decisão apoiada, a proposta de um terceiro apoio deve visar simplificar os procedimentos para melhor tutelar as pessoas com deficiências, as quais mesmo com a capacidade plena atribuída pela legislação mantêm uma vulnerabilidade ínsita que demanda um tratamento diferenciado com instrumentos de

40 ROSENVALD, Nelson. *Op cit*. p. 11.

41 MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar**, v. 23, n. 2, p. 1-13, abr./jun. 2018.

apoio e salvaguardas para viabilizar a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de apoios brasileiro, que vem dando seus primeiros passos em pouco mais de quatro anos de aplicação da LBI, entretanto é posto em xeque uma vez que atinge o cotidiano das pessoas com deficiências, descortinando lacunas entre o uso da curatela e da tomada de decisão apoiada, reclamando que seja ampliado o sistema de apoio com as diretivas antecipadas de vontade, mandato permanente, representação judicial ou guarda de fato.

A ampliação do sistema de apoios se faz necessária justamente para preservar o caráter excepcional da curatela que vem sendo utilizada com sucedâneo sempre que é preciso o auxílio de terceiro e não é possível preencher os requisitos da tomada de decisão, deixando de lado a excepcionalidade e os limites da curatela, tomando vez a praticidade e a objetividade de instituir uma curatela com representação para todos os atos da vida civil.

Diante das diversas críticas à judicialização e requisitos peculiares à tomada de decisão não vem sendo utilizada em larga escala, deixando em muitos casos as pessoas que precisam de um apoio mais simples preteridas e cedendo ao protagonismo da curatela como instrumento de apoio central e ordinário para quaisquer restrições de capacidade, o que subverte o viés emancipatório da CDPD e da LBI.

Portanto, sem negar que em alguns será pertinente o uso da curatela com limitação temporal, cada caso deve ser analisado de forma particular para que sejam impostos limites à atuação do curador aos atos em que se demonstre necessária sua atuação, preservando o livre agir a pessoa com deficiência aos atos que seja capaz de manifestar vontade, resultando em um projeto terapêutico individualizado de cada pessoa com deficiência intelectual.

Nessa esteira, as diretivas antecipadas de vontade merecem ser apreciadas como instrumentos para que a pessoa possa externar suas vontades, desejos e crenças, escolhendo quem será seu curador, planejando a gestão de seu patrimônio, ou os tratamentos médicos aos quais deseja ou não ser submetido, enquanto preserva sua capacidade, cabendo ao curador reproduzir a vontade biografa do curatelado.

Para além, a situação da guarda de fato indica situações que revelam a necessidade de ampliar os mecanismos de apoio às pessoas com deficiências, para contribuir de forma célere e prática com a redução ou superação das barreiras comunicacionais, tecnológicas e atitudinais, sem afetar a capacidade plena do indivíduo que pela diversidade apresentada precisa de apoio.

No cenário atual, a curatela vem alcançando o protagonismo como o instrumento de apoio mais utilizado, muito em razão da sua praticidade em conferir poderes mais abrangentes, mas que afeta de forma mais invasiva a autonomia da pessoa com deficiência. Podemos não expurgar o protagonismo no atual sistema, mas é preciso o rigor na fixação da curatela que deve atentar aos limites e às necessidades de cada indivíduo, especificando para quais atos será necessária a assistência e quais a representação, além de ser estabelecido o limite temporal.

Já no tocante à tomada de decisão apoiada, esta não pode ser confundida com as diretivas antecipadas de vontade e com o mandato, sendo este último o instrumento que se adequa às pessoas que não tenham limitação a sua capacidade. Em outro plano, estão as diretivas antecipadas de vontade que objetivam uma projeção para o futuro e a tomada de decisão apoiada que afeta as pessoas que tenham alguma limitação a sua capacidade, necessitando de um apoio que deve ser formalizado judicialmente.

Para além, eventualmente, pessoas com deficiência psíquicas excluídas do sistema binário da curatela e tomada de decisão apoiada necessitarão da intervenção de um guardião, mesmo em aspectos que não tenham repercussão na esfera patrimonial, como os que envolvem atos sanitários ou para obtenção de informações

administrativas. Seguindo os ditames da CDPD e da LBI em situações anômalas de ineficácia dos institutos postos pelo legislador (curatela e tomada de decisão apoiada) em benefício da pessoa com deficiência, o ordenamento deve instituir mecanismos que lhe ofereçam uma proteção funcional.

Isso posto, o presente capítulo buscou demonstrar, através de casos extraídos da jurisprudência nacional e na análise doutrinária, como o sistema de apoios deve se amoldar a depender das particularidades de cada caso e preservar a autonomia das pessoas com deficiência, demonstrando situações que estão excluídas no sistema de apoio atual, revelando, assim, a necessidade de ampliar o sistema de apoios, regulando e ampliando algumas dessas formas de apoio como o fato jurídico da guarda de fato e as diretivas antecipadas de vontade.

REFERÊNCIAS

ALBALADEJO, Maria Cristina Berenguer. **Responsabilidad civil de la persona mayor com discapacidad**. Madrid: Editorial Reus, 2017.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. Estatuto das Pessoas com Deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco. *In:* FIÚZA, Cesar (org.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência:** Reflexos no ordenamento jurídico **brasileiro.** Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 33-82.

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela.** Belo Horizonte. Fórum, 2019.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Autotutela: mandato permanente relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente. **Revista Brasileira de Direito de Família,** n. 24, p. 5-15, out.-nov. 2011.

EXPÓSITO, Gabriela. **A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual.** Editora Juspodivm: Salvador, 2019.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista**. RTDC**, v. 35. p. 101-119, jul./set. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso direito civil:** famílias. Editora Juspodivm: Salvador, 2017.

HIRATA, Alessandro; LIMA, Matheus Carvalho Assumpção de. Teoria das incapacidades e o Estatuto da pessoa com deficiência. *In.*: FIÚZA, César (org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto

Alves de (coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 83-120.

KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 10, out./dez. 2016.

LÔBO, Paulo**. Direito civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Joyceane B. A capacidade dos incapazes: um diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil brasileiro. *In.:* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO Paulo (Coord.); RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski (org.). **Direito Civil Constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 59.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar**, v. 23, n. 2, p. 1-13, abr./jun. 2018. p.8.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil,** v. 9, p. 31-57– Jul /Set 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Os impactos do COVID-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia.** 2020. Disponível em: http://civilistica.com/os-impactos-do-covid-19-no-direito-de-família/. Acesso em: 26 jun. 2020.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no Brasil. **Revista do Direito Público**, v. 14, n. 2, p. 168-186, ago. 2019.

PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética,** v. 17, n. 3, p. 523-543, 2009.

ROOSENVALD, Nelson. **A guarda de fato como terceira via entre a curatela e a TDA**. 2019. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1365/A+guarda+de+fato+como+terceira+via+entre+a+curatela+e+a+TDA. Acesso em: 25 jun. 2020.

ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada**: Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. 2015. Disponível em: http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/. Acesso em: 03 dez. 2018.

ROSENVALD, Nelson. **Há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade?** 2016. Disponível em: https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/05/31/H%C3%A1-fungibilidade-entre-a-tomada-de-decis%C3%A3o-apoiada-e-as-diretivas-antecipadas-de-vontade-1. Acesso em: 16 jul. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Tomada de Decisão Apoiada**: o que é e qual sua utilidade? 2016. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608. Acesso em: 14 jun. 2020.

TARTUCE, Flavio. **Parecer do projeto de lei do Senado Federal nº 757/2015**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?t=195850&mime=application/pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

TJ-RS. **Apelação Cível - AC: 70079344834 RS**, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 28/02/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/03/2019.

22. DESAFIOS DA APLICAÇÃO DE PERFIS NOS PROCESSOS SELETIVOS E A IMPORTÂNCIA DAS LEGISLAÇÕES DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS[1]

Jéssica Andrade Modesto
Marcos Ehrhardt Júnior

INTRODUÇÃO

A partir do século XX, o mundo viu uma série de avanços tecnológicos, os quais passaram a permitir a coleta e o tratamento de uma extensa quantidade de dados pessoais. Dado pessoal é todo dado relacionado a uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica, ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.

Além disso, nas últimas décadas, os equipamentos tecnológicos se tornaram acessíveis à boa parte da população e das organizações empresariais, por menores que sejam. Este fato permite a entidades públicas e privadas reconhecerem que a análise dos dados pessoais coletados pode gerar um conhecimento valioso, capaz de informar e aprimorar decisões políticas, empresariais e sociais.

Nesse cenário, o uso do perfilamento – ou *profiling* – para a tomada de decisões nos processos de recrutamento e seleção de empregados emergiu como uma prática comum em diversas organizações, sendo frequentemente vista como uma solução para o desafio de encontrar o talento adequado de maneira rápida. Algoritmos decifram os

1 Texto adaptado do artigo MODESTO, Jéssica Andrade; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Definição de perfis e o risco de discriminação: a importância das legislações de proteção de dados para a tutela da pessoa natural. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 313-335.

currículos dos candidatos, verificam seus perfis em redes sociais e até mesmo utilizam inteligência artificial para analisar entrevistas. Em muitas situações, as decisões sobre os candidatos são tomadas com mínima ou nenhuma intervenção humana.

Entretanto, essa prática suscita preocupações significativas, uma vez que pode resultar na discriminação[2] de determinados grupos de indivíduos, reforçando desigualdades existentes e perpetuando estigmas sociais. A natureza automatizada da seleção pode desconsiderar as nuances e as complexidades individuais, reduzindo os candidatos a meras estatísticas e dados.

Diante desse contexto, o presente artigo tem como objetivo explorar, por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, a relevância das legislações de proteção de dados pessoais, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), no Brasil, e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), na União Europeia, na mitigação da discriminação em processos de recrutamento, analisando como essas legislações podem ser aplicadas de modo a assegurar que o uso de dados pessoais respeite os direitos dos fundamentais dos indivíduos e a promover um ambiente de contratação mais justo e inclusivo.

A APLICAÇÃO DE PERFIS NOS PROCESSOS SELETIVOS DE EMPREGOS

Perfilamento ou *profiling* é o processo de "descobrir" correlações entre dados em bancos de dados que podem ser usados para identificar e representar um indivíduo ou grupo[3]. O perfil individual é usado para identificar um indivíduo dentro de uma comunidade, ou apenas para inferir seus hábitos, comportamento, preferências, conhecimentos, riscos ou outras características sociais e econômicas. Por sua vez, o

2 Neste trabalho, o termo "discriminação" é, no sentido da categorização de pessoas a partir de uma característica ou situação jurídica para, injustamente, atribuir-lhes alguma consequência negativa. MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte(MG): Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 27.

3 JAQUET-CHIFFELLE, David-Olivier. Reply: direct and indirect profiling in the light of virtual persons. 2008. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-1-4020-6914-7_2#citeas. Acesso em: 28 nov. 2020.

perfil de grupo é usado para encontrar recursos compartilhados entre membros de uma comunidade definida ou para definir categorias de indivíduos que compartilham algumas características[4].

A partir da análise dos dados coletados, emergem grupos e categorias de sujeitos com propriedades e características semelhantes. Cada grupo tem sua própria identidade definida. Um perfil de grupo possibilita a classificação de indivíduos nessas diferentes categorias. Dessa feita, é suficiente identificar um sujeito como um membro do grupo para poder inferir, para este sujeito, conhecimento herdado do próprio grupo: comportamento provável, atributos, riscos, etc.[5].

Isso posto, a criação de perfis é uma técnica pela qual um conjunto de características de uma determinada classe de pessoa é inferida a partir de experiências anteriores para que, em seguida, sejam identificados indivíduos que se enquadrem nesse conjunto de características[6]. Por sua vez, a aplicação de perfis é o processo de identificação e representação de um indivíduo específico ou grupo que se enquadra em um perfil e a tomada de alguma forma de decisão com base nesta identificação e representação[7].

Numa sociedade que exige rápidas e eficientes tomadas de decisão, as quais devem passar por adequada avaliação e mitigação de riscos, mas que, para tanto, é necessário processar uma massiva quantidade de dados, a construção de perfis assume importante papel como ferramenta de análise e resposta. Outrossim, no caso da aplicação de perfis de maneira automatizada, a decisão pode ser

4 JAQUET-CHIFFELLE, David-Olivier. Reply: direct and indirect profiling in the light of virtual persons. 2008. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-1-4020-6914-7_2#citeas. Acesso em: 28 nov. 2020.

5 JAQUET-CHIFFELLE, David-Olivier. **Reply: direct and indirect profiling in the light of virtual persons**. 2008. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-1-4020-6914-7_2#citeas. Acesso em: 28 nov. 2020.

6 CLARKE, Roger. **"Profiling: a hidden challenge to the regulation of data surveillance".** 1993. Disponível em: https://www.austlii.edu.au/au/journals/JlLawInfoSci/1993/26.html. Acesso em: 12 set. 2020.

7 BOSCO, Francesca *et al.* **Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values**: regulatory challenges and perspectives from European Data Protection Authorities. 2015. Disponível em: https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/profiling-technologies-and-fundamental-rights-an-introduction. Acesso em: 01 out. 2020.

tomada livre de tendências e preconceitos do ser humano, apenas por critérios objetivos.

No entanto, apesar de tais benefícios, além de contribuir para a assimetria da informação entre titulares dos dados e agentes de tratamento, o *profiling* muitas vezes pode levar à discriminação. Ressalte-se que tal resultado pode acontecer mesmo em caso de construção e aplicação de perfis de maneira não automatizada, no entanto os algoritmos potencializam sobremaneira os riscos de discriminação.

O primeiro ponto a ser considerado é que os perfis são construídos a partir de dados anteriores, os quais podem trazer consigo tendências discriminatórias. Saliente-se que os perfis não levam em consideração relações de causa e efeito, apenas a probabilidade de se verificar determinado evento, caso outro evento venha a ocorrer, de modo que, se os dados que serão analisados apresentarem qualquer viés discriminatório, os perfis aprenderão tal tendência.

Dessa forma, apesar de aparentarem objetividade, os algoritmos de seleção são treinados com grandes volumes de dados históricos e operam a partir de padrões que refletem características dos profissionais previamente contratados e bem-sucedidos em posições semelhantes. Esses mecanismos frequentemente perpetuam preconceitos históricos e introduzem vieses discriminatórios, resultando em exclusão injusta de candidatos que não se enquadram no perfil determinado como ideal pelo sistema.

A esse respeito, Ajunwa *et al*[8] apontam que qualquer procedimento de mineração de dados funciona buscando encontrar o melhor conjunto de regras de decisão, de forma que diferentes considerações sobre o que deve ser considerado "melhor" podem gerar regras com comportamentos muito diferentes.

No momento de aplicar as regras de contratação, o algoritmo precisa ter acesso a informações sobre o candidato e prever, apenas

8 AJUNWA, I.; FRIEDLER, S. A.; SCHEIDEGGER, C.; VENKATASUBRAMANIAN, S. **Hiring by Algorithm**: Predicting and Preventing Disparate Impact. 2016. Disponível em: https://friedler.net/papers/SSRN-id2746078.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

no seu conhecimento de exemplos passados de funcionários, se o candidato será ou não bem-sucedido. Em geral, a informação sobre exemplos passados é dividida em duas classes amplas: atributos e resultados. Atributos constituem informações que poderiam ser conhecidas antes de tomar a decisão. No caso da instituição de RH hipotética, os atributos podem incluir informações do candidato, como histórico de crédito, nível de renda, nível educacional e sexo. Resultados, por outro lado, constituem informações sobre o que aconteceu após a decisão. Isso pode significar simplesmente se o funcionário recebe avaliações de desempenho favoráveis após ser contratado.

Nesse cenário, a decisão de contratar ou não um candidato parece não mais caber ao funcionário de RH, mas sim ao algoritmo utilizado. O fato é que tanto a escolha de exemplos de treinamento quanto o conjunto de atributos que são para a construção de perfis pode ter um impacto profundo nas regras de decisão produzidas. Assim, se o conjunto de atributos ou de dados utilizados para o treinamento do algoritmo possuir qualquer viés, há um grande risco de os resultados obtidos reproduzirem essa discriminação.

Um exemplo específico é a utilização da estabilidade no emprego como critério para medir o comprometimento do candidato. No entanto, essa variável penaliza candidatos com interrupções na carreira, como mulheres que tiraram licença-maternidade ou indivíduos pertencentes a minorias que enfrentaram instabilidade econômica. Tal abordagem gera uma generalização estereotipada, que favorece perfis baseados em condições privilegiadas, desconsiderando as competências e o potencial dos candidatos excluídos.

Isso porque o perfilamento baseia-se amplamente em generalizações. Importa dizer que não somente as generalizações inconsistentes podem gerar discriminação; generalizações consistentes também são capazes disso[9].

9 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação algorítmica**: conceito, fundamento legal e tipologia. 2019. Disponível em: https://www.

Assim, numa hipótese ilustrativa, o tratamento de dados de determinada companhia revelou que as pessoas do sexo feminino trabalhavam menos horas por dia, na referida organização e, por isso, ao construir o perfil do próximo contratado para um cargo de gestão, define que este deverá ser do sexo masculino. Nessa situação, há uma evidência estatística consistente a embasar esse perfil, no entanto esses dados objetivos desconsideram qualquer relação de causalidade. Se a decisão é tomada unicamente com base nesse perfil, reforça-se o preconceito institucional contra as mulheres.

Segundo Barocas e Selbst, algoritmos, apesar de criarem uma ideia de objetividade, ao serem alimentados por dados históricos, herdam os preconceitos de tomadores de decisão anteriores, ou refletem os preconceitos generalizados na sociedade em geral[10]. Esse reforço de preconceitos preexistentes resulta em um ciclo de discriminação. Ao validar continuamente critérios baseados em perfis anteriores, o algoritmo consolida estereótipos e limita o acesso de grupos historicamente marginalizados a determinadas funções.

Além disso, o emprego de variáveis proxies, isto é, de características que servem como substitutos indiretos de atributos como gênero, idade ou etnia, é uma prática comum nesses sistemas automatizados. Exemplos de variáveis proxies incluem estabilidade no emprego, lacunas no histórico de trabalho e nível educacional. Embora essas variáveis pareçam neutras, são frequentemente correlacionadas com fatores sociais e econômicos que refletem desigualdades estruturais. Essa correlação revela a necessidade de um exame mais crítico das variáveis utilizadas na construção de perfis, especialmente em um ambiente de recrutamento que deve ser inclusivo e equitativo.

Nos processos seletivos das grandes companhias dos Estados Unidos, não raramente os candidatos são submetidos a testes de

portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766/Schertel%20Mendes%3B%20Mattiuzzo%2C%202019. Acesso em: 18 set. 2020.

10 BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. **Big Data's Disparate**. 2016. Disponível em: https://www.datascienceassn.org/sites/default/files/Big%20Data%27s%20Disparate%20Impact.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

personalidade, devendo responder se concordam ou não com afirmações como: "Ao longo do dia, posso experimentar muitas mudanças de humor" ou "se algo muito ruim acontecer, levo algum tempo até que eu me sinta feliz novamente"[11].

Esses testes são usados para avaliar a personalidade, as habilidades cognitivas e outras características de 60% a 70% dos trabalhadores em potencial nos EUA. O problema é que tais testes são capazes de identificar e discriminar pessoas com provável histórico de doença mental[12].

O caso de Kyle Behm, que obteve excelentes resultados nos exames SAT, ilustra as consequências práticas dessa discriminação algorítmica. Em 2012, o estudante universitário foi rejeitado em processos seletivos para contratação por sete companhias que utilizavam um teste de personalidade desenvolvido pela Kronos, a qual licencia a contratação de *software* para muitas grandes lojas estadunidenses. Para ele, a razão de tantas rejeições foi o fato de o teste de personalidade aplicado nas seleções identificar sua condição de transtorno bipolar. Diante disso, Kyle processou as sete empresas, o que levou uma das organizações processadas, a Lowe's, a afirmar que mudou seu processo de inscrição *online* para garantir que as pessoas com deficiência mental não sejam excluídas de oportunidades de trabalho[13].

A busca por compatibilidade cultural com a organização é outra prática que pode resultar em exclusão discriminatória. Algoritmos que filtram candidatos com base em traços comportamentais e características pessoais que se alinhem à cultura corporativa frequentemente geram um ambiente de trabalho homogêneo.

11 WEBER, Lauren; DWOSKIN, Elizabeth. **Are Workplace Personality Tests Fair?** 2014. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/are-workplace-personality-tests-fair-1412044257. Acesso em: 11 out. 2020.

12 WEBER, Lauren; DWOSKIN, Elizabeth. **Are Workplace Personality Tests Fair?** 2014. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/are-workplace-personality-tests-fair-1412044257. Acesso em: 11 out. 2020.

13 O'NEIL, Cathy. **Personality Tests Are Failing American Workers**. 2018. Disponível em: https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-01-18/personality-tests-are-failing-american-workers. Acesso em: 2 nov. 2020.

Esse filtro cultural tende a favorecer candidatos que estudaram em universidades específicas, possuem histórico em determinadas empresas ou demonstram comportamentos considerados aceitáveis pela cultura organizacional predominante.

Consequentemente, profissionais com perspectivas e experiências diversas são desconsiderados, perpetuando uma visão homogênea que limita a inclusão e a diversidade na empresa. Empresas que se apoiam em práticas de contratação discriminatórias correm o risco de perder talentos valiosos e perspectivas diversas que poderiam enriquecer seus ambientes de trabalho. Essa uniformidade pode levar à falta de inovação e criatividade, impactando negativamente o desempenho organizacional a longo prazo.

Para ilustrar, considere o caso de uma profissional experiente na área de marketing que, após uma licença-maternidade, decide retornar ao mercado de trabalho. Um algoritmo de seleção, ao analisar seu histórico, detecta a interrupção na carreira como um ponto negativo e aplica uma pontuação baixa à candidata, desqualificando-a automaticamente.

Outro exemplo envolve um recém-formado em tecnologia, altamente qualificado tecnicamente, mas sem experiência em liderança, um atributo priorizado pelo sistema com base no perfil dos profissionais de cargos similares. A ausência de uma revisão manual impede que sejam levados em consideração o contexto e o potencial do candidato, levando à sua exclusão automática.

As generalizações com base em perfis de grupo desindividualizam os titulares dos dados, que passam a ser julgados não pelo que são enquanto indivíduos, mas como integrantes de um determinado grupo, aos quais, muitas vezes, nem pertencem. Esse fato resulta na exclusão progressiva de pessoas que não se encaixam nos perfis objetivamente desejados, limitando o acesso a oportunidades e serviços. Conforme Rodotà, a difusão do uso do *profiling* pode discriminar pessoas que não correspondam ao modelo padrão, acentuando a estigmatização

dos comportamentos distintos de tal modelo, bem como a penalização das minorias[14].

No caso de construção de perfis por meio de algoritmos, a automatização do tratamento de dados torna o problema ainda mais grave, visto que dificulta a identificação de vieses e reduz a possibilidade de integrantes de grupos discriminados superarem as barreiras impostas pelo respectivo perfil, como poderia acontecer, por exemplo, numa seleção de emprego em que o recrutador, ao entrevistar um indivíduo, resolve contratá-lo, mesmo ele estando fora do perfil procurado pela empregadora.

Muitas vezes, esses sistemas funcionam como "caixas-pretas", nas quais as decisões tomadas são difíceis de auditar e questionar. Essa falta de transparência impede que candidatos compreendam as razões pelas quais foram excluídos e limita suas opções de contestação, perpetuando um ciclo de discriminação. Ainda, como a discriminação é quase sempre um resultado não intencional do uso do algoritmo e não uma escolha consciente de seus programadores, pode ser muito difícil identificar a origem do problema ou explicá-lo a um tribunal[15].

Esse cenário exige uma abordagem regulatória que garanta a transparência e a responsabilização por parte das organizações. Para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos numa sociedade de constante tratamento de dados pessoais e cujas decisões são tomadas cada vez mais de maneira automatizada, surgem importantes legislações como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no Brasil, e o Regulamento Geral de Proteção de Dados, na União Europeia.

A IMPORTÂNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA PARA A MITIGAÇÃO DA AMEAÇA DE DISCRIMINAÇÃO

14 RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 105.

15 BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. **Big Data's Disparate.** 2016. Disponível em: https://www.datascienceassn.org/sites/default/files/Big%20Data%27s%20Disparate%20Impact.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

A proteção dos dados pessoais, garantida pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), no Brasil, e pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), na União Europeia, é essencial para a construção de um ambiente de seleção de emprego mais justo e equitativo. Ambos os regulamentos têm como objetivo não apenas proteger a privacidade dos indivíduos, mas também prevenir a discriminação que pode ocorrer em processos de contratação. Essa prevenção é particularmente relevante em um cenário em que a utilização de tecnologias de *profiling* se torna cada vez mais comum, refletindo a necessidade de um arcabouço regulatório robusto que assegure que os direitos fundamentais dos indivíduos sejam respeitados.

A observância de cada um dos princípios que norteiam a proteção de dados contribui, em algum grau, para que a definição de perfis ocorra de maneira lícita e acarrete o mínimo possível de consequências negativas ao titular dos dados. Em especial, o princípio da não discriminação, expressamente previsto pela LGPD e definido como a "impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos", representa uma salvaguarda fundamental contra práticas de discriminação nos processos de recrutamento. Esse princípio requer que os agentes de tratamento considerem cuidadosamente as implicações de suas decisões automatizadas, assegurando que não conduzam a exclusões injustas.

Segundo o considerando 71 do RGPD, a "decisão e definição de perfis automatizada baseada em categorias especiais de dados pessoais só deverá ser permitida em condições específicas", de modo que o *profiling* com base em dados sensíveis deve ser, em regra, proibido. Essa disposição legislativa ressalta a responsabilidade dos responsáveis pelo tratamento em garantir que qualquer uso de dados pessoais para fins de *profiling* esteja alinhado com os direitos fundamentais dos indivíduos.

Na LGPD, contudo, não há idêntica previsão, possibilitando que dados que potencialmente possam gerar mais discriminação sejam utilizados no tratamento automático para definição de perfis, desde

que tal processamento esteja de acordo com as hipóteses legais que autorizam o tratamento de dados sensíveis, o que deixa os titulares dos dados mais suscetíveis à discriminação algorítmica, a qual é mais difícil de ser detectada. No entanto, como visto, ainda que houvesse disposição semelhante, tal previsão não minimiza satisfatoriamente os riscos envolvidos nessa prática, haja vista que, como visto, a existência de variáveis *proxies* podem levar a resultados discriminatórios.

Ainda conforme o mesmo considerando do RGPD, expressamente se recomenda que o responsável pelo tratamento das informações pessoais aplique medidas técnicas e organizativas que garantam a correção dos fatores que introduzem imprecisões nos dados pessoais e atenuação do risco de erros. Essa recomendação deve ser um princípio orientador para os agentes de tratamento, instando-os a implementar mecanismos de revisão contínua dos dados utilizados em decisões automatizadas, garantindo que as informações sejam atualizadas e precisas, evitando a perpetuação de erros que possam resultar em discriminação.

Outrossim, as duas mencionadas legislações preveem alguns direitos dos indivíduos, os quais são essenciais para a tutela do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o que inclui a salvaguarda dos titulares dessas informações contra os perigos envolvidos no *profiling* e na tomada de decisão com base no processamento de dados pessoais.

O primeiro deles é o direito de acesso, que garante ao titular que obtenha dos agentes de tratamento, de modo facilitado, informações claras, adequadas e ostensivas acerca da finalidade, duração e forma do processamento de dados. Esse direito é essencial para a redução da assimetria de informação entre os agentes de tratamento e os titulares dos dados, assegurando aos indivíduos algum grau de conhecimento sobre o uso de suas informações pessoais. Também o direito à correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados se mostra importante para que ao titular de tais informações seja aplicado o perfil mais adequado, contribuindo para a justiça nas decisões

automatizadas. Contudo, somente o exercício desses dois direitos não é suficiente.

No que atine às decisões individuais automatizadas, o artigo 22 do mesmo regulamento estabelece que o titular das informações tem o direito de, salvo determinadas exceções, não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada unicamente em virtude do processamento automatizado de seus dados, incluindo-se aí a definição de perfis. Mesmo quando não puder exercer tal direito, garante-se ao indivíduo o direito de obter "intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão"[16]. Essa intervenção humana permite que as particularidades do indivíduo sejam consideradas, ainda que minimamente, na decisão tomada.

Por sua vez, a legislação pátria, em seu artigo 20, estabelece que o indivíduo tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas exclusivamente baseadas no tratamento automatizado de seus dados pessoais que afetem seus interesses, no que se compreendem as decisões destinadas à definição de perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou de aspectos de sua personalidade. A esse respeito, inicialmente o texto da lei previa a possibilidade de a pessoa solicitar que a revisão fosse feita por pessoa natural, contudo, a Lei nº 13.853/2019 retirou tal possibilidade.

16 Artigo 22.º. Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis. 1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar. 2. O n.º 1 não se aplica se a decisão: a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento; b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados. 3. Nos casos a que se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão. 4. As decisões a que se refere o n.º 2 não se baseiam nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 9º, nº 1, a não ser que o n.º 2, alínea a) ou g), do mesmo artigo sejam aplicáveis e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular.

Dessa feita, a revisão humana das decisões automatizadas deixou de ser uma obrigatoriedade e passou a ser uma faculdade dos agentes de tratamento, o que não tutela de maneira adequada os direitos da personalidade do titular dos dados, haja vista que, consoante demonstrado, não são apenas erros de codificação que podem levar um algoritmo a um resultado inadequado, ao contrário, existem diversos fatores que podem levar a isso, como os cálculos probabilísticos e inconsistências nas amostras, os quais podem não ser sanados com uma revisão que também ocorra de forma automatizada.

Em suma, a revisão automatizada não garante que os indivíduos sejam julgados com base nas suas próprias características e méritos individuais e não pelas características do grupo a que pertence, as quais, embora válidas para a categoria em questão, podem não ser válidas para o indivíduo enquanto tal. Entretanto, nada impede que os agentes de tratamento viabilizem que os titulares dos dados solicitem que um o reexame conte com intervenção humana. Também judicialmente, se as circunstâncias do caso concreto apontarem para a necessidade da revisão humana de uma decisão automatizada, o Judiciário poderá determiná-la com vistas a tutelar os direitos dos titulares dos dados.

Por fim, é preciso garantir que o exercício desses direitos pelo indivíduo não influenciará, negativamente, a decisão tomada pelos agentes de tratamento. Por esta razão, o artigo 21, da LGPD, expressamente prevê que "os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo".

Tendo em vista que, atualmente, o tratamento de dados pessoais para a definição de perfis e para a tomada de decisão ocorre cada vez mais de maneira automatizada, também é crescente a preocupação dos estudiosos da privacidade com a obscuridade dos algoritmos que processam essas informações. Diante disso, a literatura costuma apontar a transparência como um importante mecanismo para tutelar os direitos dos indivíduos ante os potenciais riscos que o tratamento de dados por meio de sistemas computacionais implica.

A transparência permite que os indivíduos tomem conhecimento de quais tipos de dados pessoais são coletados, como são gerenciados e analisados, bem como quais decisões são tomadas a partir desses dados e com base em quais fatores[17]. Assim, esse princípio intenta assegurar um conhecimento mais amplo acerca do que ocorre durante o tratamento das informações pessoais e de como se chegou a certo resultado.

Para tanto, a transparência exige que sejam satisfeitos dois requisitos, quais sejam, acessibilidade e compreensibilidade[18]. A esse respeito, tanto a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais quanto o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais buscam conciliar os direitos dos titulares dos dados com o segredo empresarial envolvido nos algoritmos de perfilamento.

Nesse diapasão, a LGPD, em seu artigo 6°, VI, define a transparência como a "garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial". Contudo, no intento de verificar que as organizações estão observando a LGPD no tratamento dos dados pessoais, a LGPD, em seu artigo 20, estabelece que:

> § 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.
> § 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional

17 CABALLOL, Daniel Contreras; DENDAL, Daniel Pefaur. **Transparencia Algorítmica:** buenas prácticas y estándares de transparencia en el proceso de toma de decisiones automatizadas. 2020. Disponível em: https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/2020/10/Transparencia-Algoritmica.pdf. Acesso em: 29 dez. 2020.

18 MITTELSTADT, Brent Daniel *et al*. **The ethics of algoritms**: mapping the debate. 2016. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951716679679. Acesso em: 18 set. 2020.

> poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

Dessa feita, sempre que um agente de tratamento se utilizar do segredo comercial ou industrial para não fornecer informações acerca dos fundamentos e metodologia utilizados na tomada de decisão, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) poderá auditar o sistema de computação, com o objetivo de identificar o respeito, ou não, aos direitos dos titulares dos dados. Esta disposição é fundamental, pois assegura que as alegações de segredos comerciais não sejam utilizadas como um escudo para a ocultação de práticas discriminatórias ou prejudiciais.

Também o RGPD não ignora que os algoritmos protegidos por segredo comercial não podem ser divulgados ao público em geral, no entanto estabelece que os responsáveis pelo tratamento não podem abusar dessa proteção para se recusar a fornecer qualquer informação aos titulares dos dados. Deve ser fornecido, portanto, o máximo de informação possível – dentro desse contexto – e necessário, para o atendimento da solicitação do indivíduo, inclusive o que atine à lógica subjacente ao tratamento automático dos dados pessoais e os critérios aplicados para tomar a decisão.

Ademais, o artigo 20, §1º, da lei brasileira traz uma obrigação de fornecer informações sobre uma decisão automatizada, a qual é chamada pela doutrina de direito à explicação. Também o artigo 13, n° 1, alínea f, do RGPD, prevê tal direito ao dispor que o titular tem direito a obter informações acerca da existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, bem como informações úteis relativas à lógica subjacente, além da importância e das possíveis consequências de tal tratamento para o titular dos dados.

Esse direito é de suma importância para a utilização dos sistemas computacionais de maneira transparente. Entretanto, nem a lei brasileira nem a lei europeia deixam claro qual é o grau de explicação que os agentes de tratamento devem atender. No Brasil, ante a

ausência de maiores critérios legislativos, espera-se que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados elabore diretrizes básicas a respeito da abrangência do direito à explicação.

Outrossim, o titular dos dados deverá ser informado da definição de perfis e das consequências que daí advêm, bem como deverá ser informado da eventual obrigatoriedade de fornecer os dados pessoais e das implicações do não fornecimento.

No que atine ao componente da compreensibilidade, como visto, a LGPD prevê que informações sobre o tratamento de dados pessoais devem ser prestadas de maneira clara, precisa e facilmente acessível. De igual forma, consoante o RGPD, qualquer informação destinada ao público ou ao titular dos dados deve ser concisa, de fácil acesso e compreensão, bem como formulada numa linguagem clara e simples. Adicionalmente, deve-se recorrer à visualização sempre que for adequado[19].

Entretanto, o emprego cada vez mais comum de *machine learning* dificulta a compreensão do algoritmo, tendo em vista que o código-fonte acaba por conter apenas as regras que ditarão o aprendizado das máquinas, mas não a regra decisória que o sistema efetivamente aprendeu.

Assim, se muitas vezes já é difícil compreender algoritmos mais simples, quando se trata de sistemas com inteligência artificial, Oterllo chama a atenção para o fato de que, para os humanos, enormes conjuntos de centenas de regras são muito difíceis de inspecionar visualmente, especialmente quando suas previsões são combinadas

19 O princípio da transparência exige que qualquer informação destinada ao público ou ao titular dos dados seja concisa, de fácil acesso e compreensão, bem como formulada numa linguagem clara e simples, e que se recorra, adicionalmente, à visualização sempre que for adequado. Essas informações poderão ser fornecidas por via eletrónica, por exemplo num sítio web, quando se destinarem ao público. Isto é especialmente relevante em situações em que a proliferação de operadores e a complexidade tecnológica das práticas tornam difícil que o titular dos dados saiba e compreenda se, por quem e para que fins os seus dados pessoais estão a ser recolhidos, como no caso da publicidade por via eletrónica. Uma vez que as crianças merecem proteção específica, sempre que o tratamento lhes seja dirigido, qualquer informação e comunicação deverá estar redigida numa linguagem clara e simples que a criança compreenda facilmente.

probabilisticamente de maneiras complexas[20]. Isso posto, tornar os algoritmos compreensíveis é um desafio a ser enfrentado na busca por transparência, devendo ser um objetivo almejado desde o início do desenvolvimento do sistema.

Apesar de tais limitações, a transparência é um instrumento fundamental na tutela dos dados pessoais, uma vez que garante aos seus titulares, de maneira compreensível, explicações e informações ao menos acerca de quais dados são coletados, para quais finalidades serão utilizados, quem processará tais dados, a que tipo de tratamento serão submetidos, com quem serão compartilhados, por quanto tempo serão armazenados e quais as consequências do fornecimento – ou não – dos dados pessoais.

Além disso, tão ou até mais importante quanto à quantidade de informação deve ser a qualidade e clareza dela, haja vista que se o indivíduo leigo tiver acesso a uma série de fórmulas matemáticas e códigos de programação, este não será capaz de identificar se aquilo que ele vê viola seus direitos ou lhe causa prejuízo de qualquer natureza. Por outro lado, autoridades de controle e profissionais de tecnologia da informação podem ser aptos a entender tais fórmulas e esse conhecimento pode ser útil para identificar a conformidade dos algoritmos com as legislações de proteção de dados. Dessa feita, em nome da transparência, faz-se necessário que os agentes de tratamento atentem para as peculiaridades dos diferentes grupos que receberão as informações.

Igualmente, faz-se necessário que os agentes de tratamento se comprometam a assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos, aplicando métodos de prevenção de discriminação e outras ameaças em todas as fases do tratamento. Nas hipóteses de tratamento automatizado, devem ser aplicadas técnicas de prevenção desde o pré-processamento, buscando-se identificar e remover vieses discriminatórios contidos nos dados, passando pela construção de

20 OTTERLO, Martijn van. A Machine Learning **View on Profiling.** 2011. Disponível em: http://www.martijnvanotterlo.nl/cpdp11-draftversion-ProjectedWorlds-MartijnVanOtterlo-2011.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

algoritmos justos e que respeitem os direitos dos titulares dos dados e pela análise do código com o objetivo de identificar e corrigir falhas, discriminação ou qualquer outro potencial dano ao titular dos dados, até o pós-processamento, fazendo testes constantes no sistema.

Nesse particular, Mendes e Mattiuzzo ressaltam a importância de que as equipes responsáveis pelos tratamentos de dados e desenvolvimento dos sistemas de processamento sejam treinadas para compreenderem os aspectos éticos e morais relacionados à tomada de decisão, bem como que sejam compostas por grupos diversificados, no intento de diminuir as chances de que vieses sociais sejam transpostos para os algoritmos[21].

A LGPD busca incentivar os agentes de tratamento a adotarem mecanismos de mitigação de riscos aos direitos dos indivíduos, o que inclui constante avaliação dos processos envolvidos no tratamento de dados com vistas a identificar e corrigir possíveis falhas e impactos negativos para o titular das informações.

Nesse sentido, em observância ao princípio da prevenção, o artigo 50, §2º, da referida lei estimula a implementação de programa de governança em privacidade que "estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade", o que será levado em consideração quando da aplicação de eventuais sanções, caso se verifique que a mineração de dados e o *profiling* causaram prejuízo aos indivíduos, mesmo com a adoção de tais práticas.

Outrossim, compete à ANPD realizar ou determinar a realização de auditorias sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, inclusive para verificar aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais (art. 55-J, XVI e art. 20, § 2º).

21 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação algorítmica**: conceito, fundamento legal e tipologia. 2019. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766/Schertel%20Mendes%3B%20Mattiuzzo%2C%202019. Acesso em: 18 set. 2020.

O RGPD, por sua vez, não faz uma previsão explícita acerca da possibilidade de as autoridades de controle poderem auditar algoritmos de definição de perfis e tomadas de decisão, no entanto, uma vez que entre as suas atribuições está a de fiscalizar a aplicação do regulamento, bem como investigar o conteúdo das reclamações recebidas sobre a realização de determinado processamento de dados por uma organização, compreende-se que a realização de auditorias encontra-se inserida em tais funções das referidas autoridades.

A implementação de auditorias regulares não apenas garantiria a conformidade, mas também possibilitaria a identificação de potenciais discriminações que possam ser perpetradas pelos sistemas automatizados. Entretanto, não há a imposição de uma obrigação, pela LGPD ou pelo RGPD, de os agentes de tratamento empreenderem auditorias periódicas, internas ou por terceiro independente, para averiguar, criticamente, a conformidade dos processamentos que executam com as referidas legislações, identificando falhas ou lacunas na proteção de dados e relatando recomendações para remediá-las.

Por fim, se os mecanismos legislativos acima apresentados não forem suficientes para impedir o tratamento discriminatório ou impactos negativos outros decorrentes da mineração de dados e do *profiling*, caberá a aplicação ao agente de tratamento das sanções administrativas e das regras de responsabilidade civil previstas tanto na lei brasileira como na europeia, o que levará em consideração o empenho ou não do mencionado agente em prevenir e mitigar tais danos. O rigor na aplicação de tais sanções é essencial para garantir que as organizações priorizem a conformidade legal e ética em suas práticas de tratamento de dados.

Assim, a eficácia dessas legislações é crucial para mitigar as ameaças de discriminação nos processos seletivos para empregos. Nesse sentido, a proteção de dados deve ser compreendida não apenas como uma obrigação legal, mas como um compromisso ético que reflete a responsabilidade das sociedades em promover um ambiente de contratação justo e equitativo.

CONCLUSÃO

O uso do perfilamento nos processos de recrutamento e seleção emergiu como uma prática comum em diversas organizações, prometendo objetividade, agilidade e eficiência na identificação dos candidatos a serem contratados.

No entanto, esse fenômeno traz preocupações significativas relacionadas à discriminação e à perpetuação de desigualdades sociais. A utilização de dados imprecisos, incompletos ou que contêm vieses históricos na construção dos perfis e até mesmo a escolha dos atributos que devem ser considerados no processo de tomada de decisão pode resultar na exclusão de candidatos que não se encaixam em determinados grupos tidos como desejáveis pelas organizações. Nesse processo, os candidatos são desindividualizados e preconceitos históricos podem ser reforçados.

Uma decisão discriminatória pode ser desencadeada pela aplicação de um perfil, mesmo quando o *profiling* é realizado de forma não automatizada. No entanto, os algoritmos potencializam sobremaneira os riscos de discriminação, além de dificultar a identificação dessas práticas discriminatórias. Isso ocorre devido à complexidade e à opacidade intrínsecas desses procedimentos, que as organizações frequentemente buscam proteger como segredos comerciais.

Adicionalmente, a implementação automatizada de perfis retira a possibilidade de que indivíduos pertencentes a grupos discriminados consigam ultrapassar as barreiras impostas por esses perfis. Ao eliminar o componente humano da tomada de decisão, não há espaço para que uma pessoa que não se encaixa no perfil definido possa superar essa limitação por meio de características subjetivas que poderiam ser reconhecidas por um tomador de decisão humano.

Diante disso, as legislações sobre proteção de dados pessoais, máxime as mais recentes, são de extrema importância por fornecerem alguns mecanismos que podem ajudar a garantir, ainda que parcialmente, os direitos dos titulares de dados. Entretanto,

até o momento não há uma solução única e plenamente eficaz para minimizar os riscos que a definição de perfis representa para o indivíduo, o que demanda um debate contínuo sobre a eficácia dessas normativas e sua implementação prática em contextos reais.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados, na União Europeia, trazem algumas disposições capazes de mitigar o risco de discriminação decorrente da aplicação de perfis. Ambas as legislações estabelecem diretrizes que promovem a responsabilidade e a transparência no uso de dados pessoais, visando a proteger os direitos dos indivíduos em um ambiente de tomadas de decisão cada vez mais automatizado, inclusive nos processos seletivos de emprego.

Entretanto, é praticamente impossível implementar uma transparência total, principalmente quando muitos modelos de negócio dependem do segredo dos algoritmos que utilizam. Apesar disso, conforme discutido, os algoritmos não devem ser caixas pretas, cujo funcionamento interno ninguém conhece. Uma alternativa que conciliaria a proteção dos dados e o segredo empresarial seria a abertura do código apenas à autoridade responsável, como a ANPD, a qual garantiria o sigilo dessas informações. Dessa feita, seria assegurada a transparência do sistema, sem comprometer o negócio nele baseado. De todo modo, as autoridades de controle, inclusive a brasileira, poderão realizar auditorias para verificar aspectos discriminatórios no tratamento automatizado de dados pessoais.

Apesar de todos direitos e garantias assegurados, essas legislações possuem limitações, especialmente no que concerne à revisão humana das decisões automatizadas e à transparência dos algoritmos, de forma que a sua implementação deve ser vista não apenas como um cumprimento legal, mas como uma oportunidade para reavaliar as práticas de recrutamento sob a ótica da equidade e inclusão. Nesse cenário, auditorias internas e a promoção de diversidade nas equipes responsáveis por seu desenvolvimento são medidas essenciais para reduzir os riscos de discriminação.

Essa perspectiva requer uma transformação cultural dentro das organizações, que deve ir além da mera conformidade regulatória. É necessário que as empresas se comprometam ativamente com práticas de recrutamento éticas e transparentes, reconhecendo que a forma como os dados são utilizados em processos seletivos pode ter um impacto profundo nas vidas dos indivíduos e buscando, por conseguinte, implementar práticas de governabilidade – em todas as fases da seleção, incluindo a construção dos algoritmos – que busquem reduzir a discriminação nestes processos.

Assim, é indispensável que os agentes de tratamento se comprometam a assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos, aplicando métodos de prevenção de discriminação e outras ameaças em todas as fases do tratamento de dados, bem como fazendo análise do código e testes recorrentes no sistema no intento de identificar e corrigir qualquer potencial discriminatório. Tanto a LGPD quanto o Regulamento europeu incentivam tais práticas.

Ademais, faz-se imprescindível que as organizações percebam que a aplicação acrítica de perfis pode tornar os ambientes de trabalho homogêneos, o que não apenas restringe a inclusão, mas também compromete a inovação e a criatividade, componentes essenciais para o crescimento sustentável e a adaptabilidade das organizações em um cenário em constante transformação. Dessa forma, além de perpetuar um ciclo de discriminação, tais processos automatizados de recrutamento também desconsideram o valor significativo que a diversidade pode representar para a competitividade das empresas no mercado.

Por fim, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o RGPD atribuem competência para que as autoridades de controle fiscalizem a atuação dos agentes de tratamento e apliquem sanções ao verificarem o descumprimento da legislação, de modo que a atuação dessas autoridades será fundamental para garantir a efetividade das disposições legais e para criar uma cultura organizacional de respeito aos direitos dos indivíduos em todas as fases de tratamento de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

AJUNWA, I. *et al.* **Hiring by Algorithm**: Predicting and Preventing Disparate Impact. 2016. Disponível em: https://friedler.net/papers/SSRN-id2746078.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. **Big Data's Disparate**. 2016. Disponível em: https://www.datascienceassn.org/sites/default/files/Big%20Data%27s%20Disparate%20Impact.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

BOSCO, Francesca *et al.* **Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values**: regulatory challenges and perspectives from European Data Protection Authorities. 2015. Disponível em: https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/profiling-technologies-and-fundamental-rights-an-introduction. Acesso em: 01 out. 2020.

CABALLOL, Daniel Contreras; DENDAL, Daniel Pefaur. **Cuaderno de Trabajon°17:** Transparencia Algorítmica: buenas prácticas y estándares de transparencia en el proceso de toma de decisiones automatizadas. 2020. Disponível em: https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/2020/10/Transparencia-Algoritmica.pdf. Acesso em: 29 dez. 2020.

CLARKE, Roger. **"Profiling**: a hidden challenge to the regulation of data surveillance." 1993. Disponível em: https://www.austlii.edu.au/au/journals/JlLawInfoSci/1993/26.html. Acesso em: 12 set. 2020.

JAQUET-CHIFFELLE, David-Olivier. **Reply**: direct and indirect profiling in the light of virtual persons. 2008. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-1-4020-6914-7_2#citeas. Acesso em: 28 nov. 2020.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação algorítmica**: conceito, fundamento legal e tipologia. 2019. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766/Schertel%20Mendes%3B%20Mattiuzzo%2C%202019. Acesso em: 18 set. 2020.

MITTELSTADT, Brent Daniel *et al.* **The ethics of algoritms:** mapping the debate. 2016. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951716679679. Acesso em: 18 set. 2020.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte (MG): Letramento, Casa do Direito, Justificando, 2017.

O'NEIL, Cathy. **Personality Tests Are Failing American Workers**. 2018. Disponível em: https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-01-18/personality-tests-are-failing-american-workers. Acesso em: 2 nov. 2020.

OTTERLO, Martijn van. **A Machine Learning View on Profiling**. 2011. Disponível em: http://www.martijnvanotterlo.nl/cpdp11-draftversion-ProjectedWorlds-MartijnVanOtterlo-2011.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WEBER, Lauren; DWOSKIN, Elizabeth. **Are Workplace Personality Tests Fair?** 2014. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/are-workplace-personality-tests-fair-1412044257. Acesso em: 11 out. 2020.

23. A APLICAÇÃO DE ESTRATÉGIAS NO ENSINO JURÍDICO PARA UMA DIDÁTICA MAIS EFICIENTE E EFETIVA NO CENÁRIO DA EDUCAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

Nayanne Lays de Oliveira Lima

INTRODUÇÃO

Quando falamos em educação no Brasil é possível perceber que temos leis que orientam e estabelecem princípios a serem alcançados pela União, Estados, DF e Municípios; isso através de diretrizes básicas e políticas públicas que se realizam e se consolidam por meio de ações afirmativas, as quais possuem como objetivo garantir o acesso ao ensino infantil, fundamental, médio e superior de qualidade.

A Lei nº 9.394 de 1996 nos traz as diretrizes e bases relacionadas à educação nacional e, em especial, a própria Constituição Federal de 1988 reafirma a educação como sendo um direito fundamental social garantido constitucionalmente. Tal afirmação está ratificada em seu capítulo III, seção I, dos artigos 205 a 214, em que disserta ser dever do Estado brasileiro promover e incentivar, com a colaboração da sociedade, o preparo das pessoas para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho; afiançando aos cidadãos o acesso a condições mínimas de vida digna, em condições de igualdade, em especial quanto ao ensino.

Diante de legislações que ratificam a importância da educação na construção de uma sociedade pautada em direitos e princípios fundamentais, é de grande relevância para o educador compreender o contexto social e a formação humana de cada indivíduo no processo de aprendizagem, pois é papel do docente adequar e achar métodos que aproximem o discente do conhecimento; sem discriminações negativas, mas pautado na premissa de "tratar igual os iguais, e desigual os desiguais na medida de suas desigualdades".

Dessa forma, o professor precisa escolher dentre os diversos caminhos, ou inventar caminhos novos, como estratégia de ensino. A didática é reconhecida como um dos ramos do estudo da Pedagogia e tem como objetivo buscar conhecimentos teóricos e práticos necessários para orientar a forma de ensinar, esclarecendo o papel da formação do profissional que irá exercer o magistério. É através dela que podemos analisar os modos de ação pedagógicos nas escolas, faculdades e universidades; e também a importância da pesquisa científica realizada pelos discentes sob orientação dos docentes.

A metodologia que será utilizada no presente estudo ficará a cargo de referências bibliográficas sobre pedagogia, legislações referentes à educação e ensino, bem como abordagem de estudo de caso prático e experiência pessoal sobre as formas de repasse de conhecimento e participação em grupos de pesquisa e estudos, observando as necessidades de adequação do docente frente às peculiaridades que lhes são apresentadas no dia a dia do magistério, como por exemplo: diferenças de instrução, de cultura, de raça, de gênero e de idade de seus discentes.

DESAFIOS E PECULIARIDADES ENFRENTADAS NO CENÁRIO DE ENSINO BRASILEIRO

Ao falarmos sobre educação, precisamos compreender a diferença e o conceito de ensino, didática e aprendizagem. As teorias que fundamentam a educação são de grande estima para que possamos compreender e se aprofundar em estratégias de ensino cada vez mais eficazes, para que seja possível obter uma aprendizagem mais eficiente e efetiva, bem como, compreender o papel do educador.

A atividade principal é o ensino, e estamos em busca de um ensino de qualidade que oriente, conduza e, principalmente, estimule os alunos na busca por conhecimento; e também em buscar ainda mais respostas e caminhos através das pesquisas científicas. Para

José Carlos Libâneo[1], a educação, na visão prática, é um fenômeno social e universal, sendo necessária à existência e ao funcionamento de todas as sociedades; constituindo-se como um processo de prover o indivíduo de conhecimentos que os tornam aptos a atuar no meio social e transformá-lo em função de necessidades econômicas, sociais e políticas.

Na tentativa de busca por uma compreensão mais transparente, é preciso trazer uma análise da evolução histórica do papel do educador. Conforme José Carlos Libâneo, a formação da teoria didática ocorre no século XVII, com o pastor protestante João Amós Comênio (1592-1670). Este foi o primeiro educador a formular a ideia de difundir conhecimento a todos, através de métodos de instrução mais rápidos e eficientes, e também a criar princípios e regras norteadores do ensino.

Nas escolas da Idade Média, não havia a possibilidade de os alunos exporem suas ideias, mas o que de fato ocorria era algo como um ensino mecânico, de memorização e repetição, ou seja, o ensino separado da vida, este não é nosso objetivo atualmente, mas sim preparar os alunos para a vida, e não só para uma prova ou para pensamentos predefinidos ou estáticos. Antes não havia liberdade, que hoje conquistamos.

O docente precisa ser, antes de tudo, ético, ou seja, estar de acordo com normas que forneçam parâmetros para decidir entre as condutas possíveis, no intuito de reduzir a complexidade das relações humanas e ajudar ao ser humano a decidir sobre como agir, principalmente no momento do repasse de conhecimento e processo de aprendizagem; isso, através de estudo pessoal de qual metodologia didática utilizará para obter êxito. Ocorre que, em matéria de metodologia educacional, poucos professores, em especial os de ensino superior, tiveram a oportunidade de participar de cursos de pedagogia, o que pode afetar a relação e conexão com o aluno, além de gerar certa insegurança no docente. Então, aqueles que não possuem formação pedagógica, em sua maioria os professores universitários, encontram grandes

1 LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 2013.

desafios e dificuldade na hora de escolher as atividades didáticas a serem utilizadas no ensino superior, e em especial, no jurídico.

Esses desafios que professores de ensino jurídico se depararam refletem em aulas monótonas e não são incentivadoras para os discentes, assim, existe a necessidade de cuidado por parte do professor para que a aula não seja monótona, e se torne apenas um monólogo sem interações, o que pode acarretar grande desmotivação para o aluno. O próprio professor deve estar motivado a passar o conteúdo para os discentes.

Na concepção de Gaudêncio Frigotto[2], a educação dos diferentes grupos sociais de trabalhadores deve ter como objetivo o fim de habilitá-los técnica, social e ideologicamente para o trabalho, sendo uma resposta à função social da educação em responder às demandas do capital. Vale ressaltar que é essencial observar sua força de trabalho, esta que também precisa ser reconhecida e bem remunerada, uma vez que vivemos em um mundo capitalista, e a formação humana tem se constituído como resposta a demandas capitalistas. O docente precisa ser valorizado e é preciso compreender o seu papel na formação para a cidadania. Nas palavras de Fabio Konder Comparato:

> A educação preocupa-se com a única finalidade que importa: o desenvolvimento harmônico de todas as qualidades humanas. A mera instrução, diferentemente, cuida dos meios ou instrumentos. Desviada de sua finalidade maior, ela pode criar autômatos e súditos, nunca cidadãos e homens livres.[3]

É perceptível que o propósito do docente é atingir objetivos educacionais, realizando atividades que façam com que seus alunos

2 FRIGOTTO, Gaudêncio. **Educação e a Crise do Capitalismo Real**. São Paulo: Cortez, 1996. p. 26.

3 COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 241.

desenvolvam habilidades e que, de fato, haja um aprendizado eficiente e efetivo, na compreensão e no aprendizado da teoria ou da prática, e até mesmo ambas combinadas. A teoria não necessariamente precisa eliminar os trabalhos manuais se estes serão úteis para o desenvolvimento do raciocínio dos alunos.

Na percepção de Maria do Céu Roldão[4], doutora em teoria curricular pela *Simon Fraser University*, do Canadá, afirma que existe "uma estreitíssima ligação entre a natureza da função e o tipo de conhecimento específico que se reconhece como necessário para a exercer". Para ela, a função de ensinar é "socioprática", mas o saber que requer é intrinsecamente teorizador, compósito e interpretativo; em que entende ser importante ter o conhecimento prévio teórico e uni-lo à prática. Nessa linha de pensamento, o professor precisa então agir, como um processo de transformação a cada ato ou ação de ensinar, ou seja, saber usar o conhecimento prévio que possui, transformando-o em fundamento do agir informado, que é o ato de ensinar enquanto uma construção de processo de aprendizagem de outros e por outros[5].

Ao trazer a teoria sobre o assunto de ensino, é essencial observar as formas de ensino, sendo interessante trazer ao presente artigo uma experiência própria como análise prática. Na minha atuação como advogada orientadora dentro de um núcleo de práticas jurídicas de uma faculdade privada de Maceió, na disciplina de Estágios Supervisionados, foi necessário que eu observasse, em primeiro lugar, quais as maiores dificuldades dos alunos e seus históricos escolares, ou seja, se tiveram uma boa base na escola primária; quanto de aprendizado possuíam em relação ao uso correto da língua portuguesa; se tiveram acesso a um ensino de qualidade ou se o ensino foi deficitário; além de tentar me aproximar ao máximo dos alunos a ponto de deixá-los à vontade para perguntar, errar e corrigir os erros e superar as dificuldades.

4 ROLDÃO, Maria do Céu. **Função docente**: natureza e construção do conhecimento profissional. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-24782007000100008&script=sci_arttext. Acesso em: 21 out. 2023.

5 Ibidem.

Consegui notar, no ensino da prática e da escrita jurídica, que a maior dificuldade dos alunos estava na escrita, concatenação de pensamentos e fatos, além de estruturação básica das peças processuais. Ao analisar essa dificuldade, foi possível perceber uma carência de vocabulário, gramática e leitura deles, para que pudessem desenvolver melhor as demandas que recebíamos da sociedade.

Também foi possível perceber uma educação básica deficitária, já que muitos deles moravam em interiores do Estado de Alagoas que possuem difícil acesso à educação fundamental e ao ensino médio. Isso foi perceptível pela falta de base da língua portuguesa, o que demonstrou qual desafio teríamos que aceitar e buscar caminhos para adaptar a didática.

Em toda e qualquer forma de ensino, com maior enfoque no ensino jurídico, a coesão e a coerência textual, para todas as profissões, são de fundamental importância para que sejamos compreendidos corretamente, ou seja, que possamos ser bem interpretados na tentativa de transmitir a mensagem com o mínimo de ruídos para que chegue o mais íntegra possível ao ouvinte ou ao leitor.

Diante desse contexto, foi necessário criar condições e mecanismos para suprir essas dificuldades, para que os alunos pudessem desenvolver suas capacidades e habilidades intelectuais, orientando os alunos a ler mais, a escrever mais e a observar a grafia e significados das palavras, pois ser didático é exatamente estabelecer vínculos entre o ensino e a aprendizagem, tendo em vista o desenvolvimento das capacidades mentais deles.

Conduzir um processo de ensino requer compreensão clara das reais necessidade para uma aprendizagem mais eficiente e efetiva em um país que não tem a cultura da leitura e, principalmente, Alagoas, estado em que moro atualmente e que possui altos índices de analfabetismo. A leitura não é um hábito dos brasileiros, com isso muitas livrarias estão fechando as portas e a exemplo do Estado de Alagoas, já não temos diversidade de livrarias, e poucas são acessíveis à população mais carente.

Adentrando mais especificamente nos dados, principalmente iniciando com os dados sobre analfabetismo, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em Alagoas, a taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais é de 14,4% em 2022. No total, eram 370 mil pessoas que não sabiam ler e escrever no ano passado. As taxas ficaram em 37,2% entre as pessoas de 60 anos ou mais, 25,8% entre as pessoas com 40 anos ou mais, 18% entre aquelas com 25 anos ou mais e 15,3% entre a população de 18 anos ou mais[6].

Algumas das metas trazidas pelo Plano Nacional de Educação (PNE), metas de nº 8, 9 e 10, se destinam à elevação da taxa de alfabetização de jovens (maiores de 15 anos) e adultos (maiores de 18 anos). Já a meta 11 se destina ao ensino técnico profissionalizante e as de nº 12 e 13 se destinam, respectivamente, ao aumento da taxa de matrícula e ao aprimoramento do ensino superior, meta esta que se enquadra no ensino jurídico em apreço. Ressaltando que a meta 14 preconiza a ampliação do acesso à pós-graduação; o que demonstra a preocupação em termos cidadãos ainda mais qualificados.

Por outro lado, quando falamos das pessoas idosas, a taxa de analfabetismo das pessoas de 60 anos ou mais foi a que mais caiu, reduzindo-se em 3,9 p.p frente a 2019 e 9,3 p.p. ante 2016. Em 2022, entre as pessoas pretas ou pardas com 15 anos ou mais de idade, 15,7% eram analfabetas, enquanto entre as pessoas brancas, a taxa observada foi de 11,2%. No grupo etário de 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo dos brancos alcançou 26,8%, enquanto entre pretos ou pardos ela chegava a 41,3%[7]. Pessoas mais velhas costumam ser mais fechadas para novidades, principalmente tecnológicas, e já possui muito de sua ideologia ligada ao tradicionalismo antigo. Isso acarreta a necessidade de uma didática em que o docente precisa se utilizar de uma didática diferente daquela utilizada com pessoas mais jovens.

6 IBGE. **Estatísticas de 2022**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/. Acesso em: 16 out. 2023.

7 Ibidem.

Nesse cenário, vale mencionar os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil (ODS 2030), atentando-se para o objetivo de nº 04, que se encaixa perfeitamente ao tema aqui abordado. Nele, o Brasil precisa assegurar até 2030 uma "educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos". Para tal, ao meu ver, é necessária a aplicação de políticas públicas de inclusão e métodos de ensino que sejam mais eficazes e efetivos em salas de aula. A acessibilidade ao ensino também é um ponto a ser observado, principalmente em áreas de difícil acesso aos transportes públicos, ou muito distantes da zona urbana.

Os alunos mais jovens ainda estão formando o fenômeno de pensamento através da construção da linguagem, assim como assevera Vigotski[8] em sua doutrina. Este doutrinador, psicólogo russo, nos traz estudos e análises sobre a psicologia infantil e suas aplicações pedagógicas.

O estudioso sobre o tema Vigotski[9] afirma ainda que "o significado da palavra é inconstante. Modifica-se no processo do desenvolvimento da criança. Modifica-se também sob diferentes modos de funcionamento do pensamento", sendo possível, durante todo seu estudo observar a diferença na forma de aprendizagem de uma criança em comparação a pessoas mais velhas, estas já com preconcepções e ideologias formadas.

Sobre os desafios ligados a questões de raça, o percentual de pessoas brancas apenas trabalhando (32,1%) e apenas estudando (30,2%) também foi superior ao de pessoas de cor preta ou parda, enquanto o de pessoas pretas ou pardas (32%) que não estudavam e não estavam ocupadas superou o de pessoas brancas (26%).[10] Vale salientar que a Política de Cotas foi uma das principais ferramentas para inserir jovens pretos, pardos e indígenas dentro dos espaços

8 VIGOTSKY, L. S. A. **Construção do Pensamento e da Linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

9 Ibidem, p. 408.

10 IBGE. **Estatísticas de 2022**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/. Acesso em: 16 out. 2023.

acadêmicos. A Lei nº 12.711/2012 garantiu que 50% do total de vagas nas universidades e institutos federais fossem reservadas para alunos que vieram de escolas públicas. Nesse recorte de 50%, as vagas são também oferecidas para pretos, pardos e indígenas.

Ainda para agregar ao tema, no dia 14 de novembro de 2023, entrou em vigor a Lei n° 14.723/23 que atualiza a Lei de Cotas no ensino federal (superior e técnico). Entre as alterações que a nova legislação prevê estão a mudança do mecanismo de ingresso dos cotistas no ensino superior federal, a redução da renda familiar para reservas de vagas e a inclusão de estudantes quilombolas como beneficiários das cotas.[11]

Já em relação ao sexo, a taxa de analfabetismo das mulheres de 15 anos ou mais, em 2022, foi de 13,2%, enquanto a dos homens foi de 15,7%. Entre os idosos, a taxa das mulheres foi de 35,7%, ficando acima da dos homens (39,3%). Em 2022, havia 840 mil pessoas de 15 a 29 anos de idade em Alagoas. Dentre essas pessoas: 9,5% estavam ocupadas e estudando; 30,5% não estavam ocupadas nem estudando; 28,2% não estavam ocupadas, porém estudavam; e 31,8% estavam ocupadas e não estudando[12].

Vale trazer a informação sobre as mulheres que não estavam ocupadas, nem estudando ou se qualificando, que estaríamos numa porcentagem de 37,5% e, entre os homens, 22,7%. Por outro lado, 23,1% das mulheres e 41,4% dos homens apenas trabalhavam, enquanto 30,3% das mulheres e 25,9% dos homens apenas estudavam ou se qualificavam[13].

Atualmente, as mulheres não são apenas donas de casa, mas estão em busca de qualificação e lugar no mercado de trabalho em igual condições laborais e salariais que os homens. Assim, em relação

11 JÚNIOR, Janary. **Entra em vigor lei que atualiza sistema de cotas no ensino federal**. 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/1016535-entra-em-vigor-lei-que-atualiza-sistema-de-cotas-no-ensino-federal/. Acesso em: 20 nov. 2023.

12 IBGE. **Estatísticas de 2022**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br. Acesso em: 16 out. 2023.

13 Ibidem.

à qualificação humana, para Gaudêncio Frigotto[14], diz respeito "ao desenvolvimento de condições físicas, mentais, afetivas do ser humano que são capazes de ampliar a capacidade de trabalho na produção de valores de uso geral como forma de satisfação de diversas necessidades do ser humano no seu histórico". É nesse contexto que se percebe a importância dos discentes em participar de grupos de estudos e pesquisas, para uma produção acadêmica e profissional de qualidade e efetiva que, na prática, venha a servir a toda coletividade.

Diante dos dados trazidos, com suas especificidades de idade, raça e gênero, é de suma importância que o docente busque obter uma conexão professor x aluno, pois sabemos que existem fatores externos e internos nas situações didáticas que nos são apresentadas; como as questões de cor, raça, gênero e grau de instrução, já mencionadas neste estudo, e que tudo isso influencia diretamente na forma de aprendizado e nas necessidades didáticas a serem aplicadas.

O PAPEL DO ENSINO E AS ESTRATÉGIAS PARA UMA EDUCAÇÃO MAIS EFICIENTE E EFETIVA NO BRASIL

A própria Constituição Federal de 1988 preocupa-se com a educação quando traz em seu art. 205 que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"[15].

O papel do professor na garantia da promoção da educação é essencial. O docente precisa ensinar o aluno a pensar, e também ensiná-lo a ser um curioso, incentivando à pesquisa científica no intuito de obter respostas. O estudo de atividades que levem o aluno a observar,

14 FRIGOTTO, Gaudêncio. **Educação e a Crise do Capitalismo Real**. São Paulo: Cortez, 1996. p. 31-32.

15 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 16 maio 2025.

compreender e que possibilitem a assimilação de conhecimentos e habilidades, desenvolvendo capacidades cognoscitivas, ou seja, a ideia é que o professor desperte a curiosidade do aluno na busca por conhecimento, tentando passar todo o conteúdo programático, mas por meio de métodos mais eficazes, desenvolvendo ao máximo a capacidade mental do discente. Tudo isso resultará em um ensino mais efetivo.

Através das aulas práticas realizadas no núcleo de práticas jurídica, em que atuei como advogada orientadora, consegui perceber dos alunos que havia diversas condições de vida ali apresentadas para que pudesse atuar com diferentes didáticas. Dessa forma, revi métodos, repensei na didática que poderia me aproximar mais dos discentes, em especial aqueles que tiveram uma educação primária deficitária, ou aqueles que tinham dificuldade na escrita ou na compreensão do conteúdo. Também foi e é necessário lidar com alunos que possuem depressão, ansiedade e demais transtornos que precisávamos lidar para que possamos ter êxito em sua aprendizagem, e que não houvesse o abandono ou trancamento do curso, por vezes a desistência de um sonho.

Vale salientar que é de suma importância que o docente detenha o domínio do conhecimento básico e das habilidades intelectuais necessárias para repassar o conteúdo, disseminando conhecimento através de uma boa didática, para que os conteúdos cheguem aos alunos da forma mais eficiente e efetiva possível. O professor deve buscar explicações científicas de cada conteúdo da matéria a ser ministrada, aqui com enfoque no ensino jurídico.

Além de saber o conteúdo, deve planejar suas aulas e assegurar a unidade com objetivos, conteúdo e método, além de orientar para que o aluno também seja um pesquisador do assunto e vá além dos assuntos ministrados em sala de aula. Além disso, o professor precisa ter a convicção de que seu trabalho, seu planejamento de aula e repasse de conteúdo assegure a ampliação das possibilidades cognoscitivas dos alunos, de modo que possam avançar no domínio de novos conhecimentos.

O educador precisa se planejar, se organizar, assim, pode-se dizer que direção do professor vai progredindo e depende de um processo sistematizado e planejado no desenvolvimento das aulas, conjugando com os objetivos, conteúdos, métodos e formas de organizar o ensino; afinal, preparar operadores do Direito para o mundo do trabalho, para a cidadania e para a participação em diversos setores da vida social, não é uma tarefa fácil. É preciso dominar conhecimentos e habilidades, bem como saber aplicá-los.

Para garantir uma solidez dos conhecimentos, o docente precisa frequentemente recapitular a matéria, fazer exercícios de memorização e fixação, assim como tarefas individualizadas para alunos que apresentam alguma dificuldade, para tentar potencializar seu aprendizado. É necessário que sejam selecionados procedimentos didáticos em função de cada matéria e cada tipo de público discente.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) afirma em suas decisões a importância da liberdade de circulação de ideias, tendo a autonomia um papel importante na promoção de uma educação plena e de qualidade para o exercício da cidadania. Vejamos alguns entendimentos do STF que afirmam essa importância:

> O Estado Democrático de Direito é definido por um sentido expandido de igualdade. Entre os objetivos da República Federativa do Brasil, inscritos no art. 3º da Constituição Federal, materializa-se também o combate às desigualdades baseadas na construção social do gênero. O direito à educação, incluído em seu bojo a instrução pública e a privada, orienta-se para a consecução dos objetivos republicanos de liberdade e igualdade. É dever constitucional do Estado agir positivamente para a concretização de políticas públicas, incluídas as de cariz social e educativo, voltadas à promoção de igualdade de gênero e de orientação sexual. Viola a Constituição da República e o direito convencional qualquer leitura da cláusula de abertura semântica da igualdade que não albergue o combate às desigualdades de gênero e de

> orientação sexual. Ação direta julgada parcialmente procedente para reconhecer a obrigação, por parte das escolas públicas e particulares, de coibir as discriminações por gênero, por identidade de gênero e por orientação sexual. [ADI 5.668, rel. min. Edson Fachin, j. 01.07.2024, P, *DJE* de 21.08.2024.]
> É constitucional a norma estadual que assegura, no âmbito da educação superior: (i) a livre criação e a auto-organização de centros e diretórios acadêmicos, (ii) seu funcionamento no espaço físico da faculdade, (iii) a livre circulação das ideias por eles produzidas, (iv) o acesso dos seus membros às salas de aula e (v) a participação em órgãos colegiados, em observância aos mandamentos constitucionais da liberdade de associação (CF/1988, art. 5º, XVII), da promoção de uma educação plena e capacitadora para o exercício da cidadania (CF/1988, art. 205) e da gestão democrática da educação (CF/1988, art. 206, VI). [ADI 3.757, rel. min. Dias Toffoli, j. 17-10-2018, P, *DJE* de 27-4-2020.]

Ao trazer a prática do dia a dia dos futuros operadores do Direito, é preciso mostrar aos alunos a importância daquele novo conhecimento para a sequência de práticas e as necessidades futuras, ver o todo, conforme o entendimento guiado pela teoria *Gestalt* a qual fala em compreender o todo, ou seja, o currículo deve ser compreendido na sua totalidade e não fragmentado. O objetivo desta teoria é promover "o processo de conhecimento e desenvolvimento do potencial humano"[16].

Aprender algo é descobri sobre algo, e o professor deve ser um incentivador para o aluno, ou seja, o docente precisa buscar uma didática que incentive-o a descobrir, a ter experiências. Para Frederick Perls[17], a *Gestalt*-terapia caminha com duas bases: o aqui e o como, ou seja, o essencial da terapia está na compreensão destas duas palavras. "Como" sendo necessário para compreender como nós e o

16 PERLS, Frederick. **Gestalt-terapia Explicada**. São Paulo: Summus, 1977. p. 14.
17 Ibidem, p. 68-69.

mundo funcionam, e o "aqui" que engloba tudo que existe, o equilíbrio é o experienciar, o envolvimento. Tudo está baseado na tomada de consciência que é a base do conhecimento, da comunicação.

Trazendo novamente a compreensão de metodologia de Libâneo, em seu livro *Didática*[18], ele nos traz uma classificação de métodos de ensino muito interessante os quais merecem menção: 1) método de exposição pelo professor (exposição lógica da matéria, de forma verbal, demonstrativa, ilustrativa e exemplificação); 2) método de trabalho independente (tarefas, dirigidas e orientadas pelo professor, para que os alunos resolvam de modo relativamente independente e criador, exercendo a atividade mental do aluno); 3) método de elaboração conjunta (interação ativa entre docente e discente visando obter novo conhecimentos, habilidades e fixação e consolidação de conhecimentos já adquiridos); 4) método de trabalho em grupo (trabalhos em grupo com a distribuição de temas, com o objetivo de obter cooperação entre os alunos e ajudarem entre si na realização de uma tarefa, compartilhando conhecimentos); 5) atividades especiais (complementam os métodos de ensino, a exemplo, do estudo do meio, que relaciona a matéria com os fatos sociais a ela conexos).

Vale ressaltar que diante das doutrinas lidas sobre a metodologia do ensino, foi perceptível a importância, também, das dinâmicas e atividades em grupo, em que priorizam as interações e estimulam pessoas diferentes a trabalharem juntas, o que também estimula a cooperação, criatividade, compartilhamento de experiências e espírito de equipe. Algumas técnicas de grupos são conhecidas pelos estudiosos do ensino, tal como a técnica *Phillips* 66, que consiste em formar grupos de seis pessoas para dialogar sobre um assunto durante 6 minutos. Esta técnica tem por objetivo obter informações rápidas dos alunos sobre seus interesses, problemas, sugestões e perguntas.

Por vezes, para manter o estudante atento e interessado, precisamos nos utilizar de meios de ensino, como: filmes, mapas, livros didáticos, cinema, rádio, dinâmicas em grupos, os quais o professor

18 LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 2013.

precisa dominar. Apenas uma aula expositiva sem a participação do aluno e com o professor falando e falando, ou lendo partes de um livro sem a interação dos alunos, acaba por perder o interesse dos discentes e não tem o poder de despertá-los a atenção.

No atual contexto de uso e evolução das tecnologias, as mudanças tecnológicas vieram para agregar e permitem, quando bem utilizadas, a ampliação da capacidade intelectual associada à produção de conhecimento. O acesso à informação está bem mais fácil do que antigamente. Durante a minha graduação em Direito na Universidade Federal de Alagoas (Ufal), no período de 2008 a 2013, as idas à biblioteca e as buscas por xerox de partes de livros eram constantes, bem mais do que os alunos atuais precisam para conseguir material. Hoje, a informação está nas mãos do discente, basta fazer um "*Google*" no próprio celular, mas sabendo os lugares corretos e referências confiáveis para seus estudos. Apesar da facilidade de acesso à informação, é preciso saber a fonte de onde ela foi colhida, pois não é à toa que presenciamos vários casos de trabalhos plagiados da internet ou sem das devidas citações, bem como o risco de disseminar as conhecidas *fake news*, algo bem comum e que ocorrem com bastante frequência quando não se busca a fonte da informação. O conhecimento científico de fato fica, por vezes, esquecido.

Eis a importância da orientação do professor nessa jornada de aprendizado. Para tal, outro ponto a ser observado por esse profissional é a comunicação que possui com seus alunos. É importante que ele, além de passar a matéria, seja um bom comunicador, e uma fonte de referências. Sabemos que a responsabilidade não está apenas no docente, mas também no aluno que é o receptor da mensagem repassada pelo educador. Por vezes, o aluno que não quer prestar atenção ao que o professor está falando, então, é uma via de mão dupla.

A comunicação é um processo dinâmico que depende de ambas as partes, como já mencionado. Também é preciso observar quais meios serão utilizados na transmissão da informação pelo professor, que podem ser seminários, grupos de discussão, meios individuais ou

coletivos, rádio, televisão, ou até o mais tradicional de todos, o livro. A interdisciplinaridade é uma das características da atualidade.

Utilizar-se de atividades e exercícios avaliativos serve como forma de *feedback* para que o docente possa compreender em quais pontos a recepção da matéria, ou de determinado assunto, não obteve o êxito que se esperava. As provas avaliativas servem exatamente para planejar melhor outros métodos de didática para uma efetiva aprendizagem por parte dos alunos e obter, de fato, um ensino efetivo, através da análise dos resultados.

Por fim, como foi possível analisar, nossa Constituição Federal de 1988 elevou a educação ao patamar de direito social fundamental (art. 6º, CF) bem como atribuiu ao Estado o dever de proporcionar os meios de acesso à educação (art. 23, V), que devendo garantir o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, CF), uma vez que um país sem educação tem menos oportunidades e opções de escolhas. A falta de acesso à educação reduz não só as oportunidades individuais, mas também atrasa o processo de desenvolvimento de todo um país, assim como agrava os níveis de desigualdade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, é perceptível que a comunicação flui de forma mais leve e compreensível quando verificamos que o professor conhece bem seus alunos, até porque cada aluno tem sua forma de percepção, sendo necessário um planejamento de ensino com bases pedagógicas.

É perceptível a necessidade de cuidado do professor de estar atualizado, dominar o conteúdo e buscar técnicas de didática que sejam mais efetivas para o aprendizado do seu aluno, observando, sem dúvidas, cada peculiaridade e dificuldade que apresentada por cada estudante.

Como já falado no decorrer deste capítulo, na minha função como advogada orientadora, à época, em núcleo de práticas jurídicas, foi possível perceber o quão importante era conhecer cada um dos alunos; isso me auxiliava a saber, por exemplo, qual deles precisaria de uma atenção maior, ou uma explicação mais detalhada das questões jurídicas do caso concreto que estava sendo produzida a petição inicial. Isso ajudou na didática que precisei usar com eles na prática do dia a dia da vida jurídica.

Também foi e é muito importante orientar e incentivar os alunos à leitura, ao estudo da gramática, a escrever, métodos essenciais para a melhoria do ensino, tudo isso, didática, conforme afirmam os doutrinadores trazidos neste artigo, e também o incentivo à pesquisa, ou seja, continuar trilhando o aprendizado e disseminando conhecimento na comunidade acadêmica e extramuros; sabendo extrair o melhor das inovações tecnológicas em prol do conhecimento, tanto no repasse do conteúdo pelo professor, como na aprendizagem pelo aluno.

Por fim, é importante que o professor tenha didática e metodologias de ensino, as quais forneçam oportunidades de o aluno expandir seu conhecimento, sua curiosidade em buscar ainda mais conhecimento e de fontes confiáveis. O docente precisa ser um incentivador para que o aluno tenha sede de conhecimento, de aprendizado, não só para fazer uma prova, mas para a vida pessoal e/ou profissional. O aluno e o professor precisam ter boa interação, comunicação e entrosamento com o objetivo de o conhecimento fluir melhor e obter, de fato, uma aprendizagem mais eficiente e efetiva, através de uma didática estratégica, como foi abordado durante o presente artigo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITAR, E. C. B**. Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 16 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

FRIGOTTO, Gaudêncio. **Educação e a Crise do Capitalismo Real**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

IBGE. **Estatísticas de 2022**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/. Acesso em 16 out. 2023.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional.** Bahia: JusPodivm, 2009.

JÚNIOR, Janary. **Entra em vigor lei que atualiza sistema de cotas no ensino federal.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/1016535-entra-em-vigor-lei-que-atualiza-sistema-de-cotas-no-ensino-federal/. Acesso em: 20 nov. 2023.

LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 2013.

PERLS, Frederick. **Gestalt-terapia Explicada**. São Paulo: Summus, 1977.

ROLDÃO, Maria do Céu. Função docente: natureza e construção do conhecimento profissional. **Revista Brasileira de Educação**. Rio de Janeiro, vol. 12, nº 34, jan./abr. 2007, Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-24782007000100008&script=sci_arttext. Acesso em 21 out. 2023

VIGOTSKY, L. S. A. **Construção do Pensamento e da Linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

24. DIVIDIDO POR ZERO: A INVIABILIDADE PRÁTICA DA FÓRMULA DE RABRUCH COMO CRITÉRIO INTERPRETATIVO

João Cássio Adileu Miranda

INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo se consolidou como um paradigma ideológico e jurídico no Brasil com base em diversos pilares teóricos, em especial a dita reaproximação da moral e o direito, que representaria uma superação do positivismo jurídico[1].

Essa suposta superação foi influenciada pela importação da lenda do positivismo jurídico na Alemanha pós-guerra, construção teórica composta de três teses: a tese causal, que atribui a responsabilidade pela degradação da República de Weimar ao positivismo; a tese exculpatória, que imputa ao positivismo a responsabilidade pelo funcionamento da ditadura nazista e, de outro lado, exime os juristas de responsabilidade por serem meras vítimas de um sistema perverso; e a tese da legitimação, que associa o positivismo a um discurso legitimador de regimes autocráticos como um todo[2].

Considerando que Radbruch foi um teórico importante para a formação dessa lenda[3], a análise da sua fórmula (sintetizada na frase "injustiça extrema não é direito") é uma maneira proveitosa de estudar a possibilidade de a moral ser considerada fonte de direito, assim como o papel da moral na hermenêutica jurídica.

O presente estudo não tem a pretensão de demonstrar a fragilidade do neoconstitucionalismo como um todo, mas somente

1 Rodrigo Valadão analisa a correlação entre a recepção do mito do positivismo jurídico e a consolidação do neoconstitucionalismo. VALADÃO, Rodrigo Borges, **Positivismo Jurídico e Nazismo:** formação, refutação e superação da lenda do Positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. p. 64-68;580.

2 Ibid., p. 38–40.

3 Ibid., p. 66–85.

apresentar uma crítica a respeito da reaproximação entre a moral sob o enfoque do positivismo jurídico.

A abordagem da fórmula de Radbruch é justificada pela elasticidade de seu conteúdo, que permite o uso retórico nas mais diversas situações que configuram injustiça extrema na visão do intérprete do direito, ainda que de maneira diferente do que inicialmente imaginado pelo criador.

Por exemplo, a referida fórmula foi um dos fundamentos do recurso especial nº 1.953.607 – SC, que fixou tese sobre a aplicação excepcional da remição ficta da pena em razão da pandemia da Covid-19[4].

Na segunda parte, tratarei brevemente das principais características do neoconstitucionalismo e destacarei a dita reaproximação entre o direito e a moral, dentro da qual se insere a fórmula de Radbruch.

Na terceira subseção, abordarei as principais teses que compõem o positivismo jurídico para a melhor contextualização do problema, considerando que essa teoria é posta como ultrapassada pelo neoconstitucionalismo.

Na quarta parte, analisarei a fórmula de Radbruch sob a perspectiva crítica da tese da diferença prática, a fim de verificar a viabilidade do uso do postulado moral como fonte de direito.

4 "11. Tese: Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, §4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico". BRASIL. **Recurso especial nº 1.953.607/SC** (2021/0257918-4).

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A DITA REAPROXIMAÇÃO ENTRE A MORAL E O DIREITO

PANORAMA GERAL SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de tratar propriamente da fórmula de Radbruch, traçarei um panorama geral a respeito das características comuns nas teorias que compõem o movimento neoconstitucionalista, partindo da premissa que não corresponde a uma única concepção do direito (assim como o positivismo ou o jusnaturalismo).

Para tanto, selecionei autores brasileiros que tratam sobre o tema, não havendo necessidade de aprofundamento em virtude da grande difusão das ideias do neoconstitucionalismo no Brasil, incluindo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em artigo crítico, Ávila descreve o neoconstitucionalismo como um movimento plurívoco de fortalecimento da teorização e aplicação do direito constitucional baseado, entre outros fundamentos, na leitura axiológica do direito, na maior valorização dos princípios como normas jurídicas (e o consequente uso da ponderação) e na supremacia constitucional (que permitiria o protagonismo judicial)[5].

Daniel Sarmento também verifica a pluralidade dos posicionamentos neoconstitucionalistas com os quais não concorda em sua totalidade, embora defenda a aproximação do direito com a justiça e a moralidade crítica, sem que isso equivalha ao jusnaturalismo e à desvalorização do papel das regras jurídicas e da subsunção no ordenamento jurídico[6].

Além de defender os novos marcos histórico, filosófico e teórico do neoconstitucionalismo, Barroso sustenta que esse movimento levou à superação do formalismo jurídico e ao advento de uma cultura jurídica pós-positivista, em especial a superação entre a separação

5 ÁVILA, Humberto, "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência", **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1–19, 2009, p. 1–16.

6 SARMENTO, Daniel, O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 9, p. 95–133, 2009.

entre a moral e o direito, que passou a se aproximar da filosofia moral e a buscar legitimidade política[7].

Por sua vez, Möller identifica a democracia não puramente majoritária como um argumento central para o neoconstitucionalismo, composto pelas características principais da valorização dos princípios, da abertura semântica das normas, da aproximação com a moral e da supremacia constitucional – de maneira que o neoconstitucionalismo pode ser entendido como um movimento teórico ou ideológico[8].

Apesar de entender que os princípios têm origem moral, Möller afirma que a norma de reconhecimento hartiana que os caracteriza como jurídicos, de forma que são normas positivadas ou não, mas de grande importância axiológica[9].

Mais especificadamente quanto à relação entre a moral e o direito, sustenta que o positivismo inclusivo de Hart não prejudica a separação entre a moral e o direito, além de concordar com a ausência de condicionamento necessário do conteúdo jurídico pela moral, sem prejuízo da reaproximação entre os sistemas normativos por meio da positivação de normas morais[10].

Nesse contexto, sem prejuízo da diversidade dos argumentos, as correntes neoconstitucionalistas invariavelmente apresentam críticas ao positivismo jurídico, sobretudo quanto à relação entre a moral e o direito e as consequências interpretativas disso.

RADBRUCH E A FÓRMULA DA INJUSTIÇA EXTREMA

Inserido no contexto histórico de formação da lenda do positivismo no pós-guerra, a teoria de Radbruch chamou atenção

7 BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015, p. 28–29.

8 MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo:** bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41–44.

9 Ibid., p. 240.

10 Ibid., p. 93–97.

(entre outras razões) pelo fato de ser apresentada como uma revisão de entendimento de um ex-positivista[11].

Em artigo famoso pelo desenvolvimento da fórmula da injustiça extrema, Radbruch associou o positivismo jurídico à escola da exegese (lei é lei[12]), de maneira que a teoria criticada equipararia a validade à força, e não à normatividade dos valores inerentes do direito[13].

O seguinte trecho sintetiza bem a ideia de interpretar a justiça como um critério de validade do direito:

> O conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser resolvido desta forma: o direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando seu conteúdo é injusto e falha em beneficiar o povo, salvo se o conflito entre a lei e a justiça alcance um grau intolerável que a lei, como lei defeituosa, deve ceder à justiça. É impossível desenhar uma linha mais precisa entre casos de extrema injustiça legal e leis que são válidas apesar de seus defeitos. Uma linha de distinção, contudo, pode ser desenhada com a maior clareza: quando não há nem mesmo uma tentativa de ser justo, quando a igualdade, o núcleo da justiça, é traído deliberadamente na emissão do direito positivo, então a lei não é meramente defeituosa, mas carece completamente da própria natureza do direito. Porque direito, incluindo direito positivo, não pode ser definido de outra forma que não como um sistema e uma instituição cujo próprio

11 Valadão sustenta corretamente que Radbruch não era um autor positivista nem mesmo antes do Terceiro Reich. VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do Positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. p. 71–73.

12 Bobbio esclarece que a escola da exegese consistia num projeto político de separação dos poderes e de supremacia do legislador, com base na pressão do regime napoleônico, que rejeitava a aplicação do direito natural pelos juízes e partia de uma concepção estatal do direito. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Edipro, 2022. p. 94–104.

13 RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 1, p. 1–11, 2006, p. 1 e 6.

> significado é servir a justiça. Medidas por esse padrão, porções inteiras do direito do Nacional Socialismo nunca alcançaram a dignidade do direito válido[14] (tradução livre).

Essa ideia central da isonomia como requisito essencial da justiça (e do direito válido) demonstra a elasticidade da aplicação da fórmula em casos que não decorrem necessariamente de regimes autocráticos, sobretudo porque a segurança jurídica também é considerada um componente da justiça – razão pela qual Radbruch defende o equilíbrio em seu sacrifício e que há valor em atender às formas para resistir a tentações anti-isonômicas[15].

Nesse sentido, Valadão explica a aplicação e as dimensões da fórmula de Radbruch na interpretação do direito:

> Como pode ser visto, essa "fórmula" apresenta uma dupla dimensão. De um lado, ela apresenta um conceito de Direito: o Direito é a ideia que tem por finalidade específica servir a Justiça. Embora a segurança jurídica continuasse a ser um valor fundamental do Direito, sua proteção somente seria justificada na medida em que ela estivesse servindo à Justiça. Disso decorre uma segunda dimensão desta fórmula: a sua pretensão normativa. Como a injustiça extrema é um caso de negação do próprio

14 "The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as 'flawed law', must yield to justice. It is impossible to draw a sharper line between cases of statutory lawlessness and statutes that are valid despite their flaws. One line of distinction, however, can be drawn with utmost clarity: Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely 'flawed law', it lacks completely the very nature of law. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice. Measured by this standard, whole portions of National Socialist law never attained the dignity of valid law." Ibid., p. 7.

15 *Ibid.*, p. 10.

> Direito, as normas jurídicas que a veicule devem ser desconsideradas pelos juristas. E caso as normas criminosas e aberrantes editadas pelo regime nazista fossem medidas por esse metro, o Direito por ele promulgado jamais poderia valer como tal.
> Já a aplicação dessa fórmula pode ser dividida em dois momentos distintos. Um primeiro momento (negativo) consiste na falsificação do Direito Positivo, que tem por finalidade afastar uma situação de injustiça legal. Nesse primeiro momento realiza-se uma mensuração da injustiça produzida pela aplicação do Direito Positivo que, caso seja insuportável, autoriza o seu afastamento. Depois de afastada a "norma injusta", verifica-se um segundo momento (positivo), um momento de identificação do Direito Justo, que consiste em definir o Direito Supralegal e aplicá-lo ao caso concreto[16].

Portanto, o padrão interpretativo da fórmula pode ser utilizado para apontar a invalidade de leis desarrazoadamente[17] anti-isonômicas inclusive em regimes tidos como democráticos, por exemplo, pela restrição de voto a determinados segmentos sociais.

A fórmula de Radbruch é coerente com a sua concepção de direito, tendo em vista que defendia que a força obrigatória do direito (e o próprio direito) era condicionada pela moral, enfrentando expressamente o problema da normatividade do direito (que será abordado mais adiante). Entretanto, não entendia que o direito era incorporado pela moral, mas que o mesmo material apresentava um duplo valor, como outros produtos culturais. Além disso, sustentava

16 VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do Positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. p. 81.

17 Faço referência à clássica admissão doutrinária de distinções razoáveis entre pessoas, desde que haja correlação lógica entre o critério de distinção e a discriminação realizada. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 37.

o fim moral do direito, que seria realizado pelos direitos concedidos para o cumprimento de deveres morais[18].

Em defesa da fórmula, Alexy trata a correção moral como um terceiro elemento necessário do direito, que se torna não positivista. No caso da vedação à injustiça extrema, o direito se vincularia à moral sem exigir uma convergência completa.[19]

Em crítica a Alexy, Raz asseverou que a fórmula de Radbruch pode ser interpretada de duas formas: obrigação moral de recusar a aplicação de lei extremamente injusta ou a existência de uma norma jurídica em todos os sistemas que determine isso (de difícil confirmação empírica). A respeito da primeira interpretação, inclusive, constata que positivistas têm maior facilidade em identificar a obrigação (moral) de desobedecer a leis injustas[20].

Raz também menciona que a fórmula de Radbruch desconsiderou algumas questões importantes, como a possibilidade de a aplicação de uma lei justa gerar uma injustiça em um caso particular, ou na hipótese de a não aplicação da lei injusta, em si, gerar consequências extremamente injustas[21].

Além disso, defende que a fórmula de Radbruch não afeta o positivismo negativamente, tendo em vista que apenas demonstra que o direito pode incorporar o vocabulário moral na verificação da validade das leis. Contudo, a existência da regra que concede o poder às cortes para controlar a validade de leis injustas é uma questão de fato social, pois não se pode presumir uma diferença moral entre sistemas que não a admitem ou que a restringem em determinados casos. Portanto, afirma que Alexy deveria demonstrar que todas as cortes e sistemas jurídicos admitem a regra do controle de validade,

18 RADBRUCH, Gustavo. **Filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 66–68.

19 ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 9–30, 2010.

20 RAZ, Joseph. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. *In.*: AUTORIA. **Law, Rights and Discourse:** The Legal Philosophy of Robert Alexy. London: Hart Publishing, 2007, p. 27.

21 Ibid.

bem como que o direito necessariamente atribui esse poder como um poder jurídico, de modo que a invalidação de uma lei injusta não seja, por si, uma violação do direito[22].

Em resposta à crítica de Raz, Alexy trata a fórmula como um fato moral, e não como uma norma jurídica presente em todos os sistemas, tendo em vista que colocaria limites à validade jurídica dos fatos sociais. Então, o que o direito deve ser encontraria entrada naquilo que o direito é (fato social limitado por fato moral – um ser de segunda ordem)[23].

Resumindo: Alexy aderiu à primeira interpretação elencada por Raz.

A fim de facilitar a compreensão da crítica que será feita à fórmula de Radbruch, passo a tratar do que é o positivismo jurídico e das suas principais teses – o que já põe em xeque algumas das premissas adotadas por Radbruch e por Alexy.

A CONEXÃO NECESSÁRIA ENTRE DIREITO E MORAL NO POSITIVISMO JURÍDICO

Partindo da premissa de que o neoconstitucionalismo e a fórmula de Radbruch se colocam como contrapartidas ao positivismo jurídico, a análise dessas críticas necessita do esclarecimento a respeito dos contornos teóricos desse gênero de teorias do direito – especialmente segundo os próprios autores positivistas.

Morbach identifica as teses desse gênero de teoria do direito, quais sejam: a fonte social do direito; a separabilidade entre direito e a moral; e, dependendo do autor, a discricionariedade interpretativa[24].

Por outro lado, Shapiro identifica que a principal tese do positivismo corresponde à natureza social das fontes do direito, de

22 Ibid., p. 28–29.

23 ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 20–21, 2010.

24 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron.** São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 159–161.

forma que a atividade de identificação de fatos jurídicos[25] como uma investigação sociológica[26] e que a separabilidade entre direito e moral é apenas uma implicação desse posicionamento[27].

Diversamente, as teorias jusnaturalistas admitem que o direito também pode ser determinado por fatos morais, quer seja porque a natureza do direito é similar à da moralidade política quer seja porque o direito é um ramo da moralidade política[28].

Entretanto, a tese da determinação dos fatos jurídicos em última instância por fatos sociais[29] não equivale à tese da exclusividade da determinação por fatos sociais, pois o positivismo jurídico inclusivo aceita a determinação de fatos jurídicos por fatos morais, na hipótese de haver admissão pelos fatos sociais de um determinado sistema jurídico[30].

De qualquer sorte, a disputa entre essas duas espécies positivistas é essencialmente sobre rotulação, já que ambas entendem que juízes podem aplicar normas morais. Isto é, o desacordo reside sobre a descrição coerente desse fenômeno e de suas implicações práticas[31].

---

25 Um fato jurídico é um fato sobre a existência ou o conteúdo de um sistema jurídico particular. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 25.

26 Ibid., p. 30.

27 Piccelli também percebe que a tese da separação é tratada apenas de maneira secundária em Shapiro. PICCELLI, Eric. **O Positivismo dos Planos:** Introdução Crítica ao Pensamento de Scott Shapiro. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 9.

28 A incorporação do direito à moralidade política em Dworkin foi desenvolvida ao longo de sua obra, considerando que, inicialmente, aderia à tese dos dois sistemas, apesar de criticar a tese positivista do *pedigree*. Em seu penúltimo livro, o seu monismo moral é exposto de maneira mais clara e sistemática. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge: Massachusetts; London, England: Harvard University Press. 2011. p. 402; DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. cap. 2.

29 Obviamente, a referência à última instância não significa que o próprio universo foi criado por fatos sociais, mas que o direito foi. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 44.

30 *Ibid.*, p. 269–270. Hart esclareceu a sua filiação ao positivismo inclusivo no pós-escrito. *In.:* BULLOCH, Penelope A.; HART, Joseph Raz. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 269.

31 SHAPIRO. **Legality.** Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 274.

Essa identificação do direito com base em fatos sociais deve ter cuidado com o regresso infinito, considerando que, para se criar normas jurídicas, alguém deve ter poder jurídico, o qual é atribuído por uma norma jurídica criada por um poder jurídico pré-existente, atribuído por uma norma prévia – assim sucessivamente[32].

Por exemplo, Hart evitou o regresso infinito com a regra de reconhecimento, justificada pelo pressuposto de que grupos podem criar regras sociais simplesmente ao aderirem a uma prática social[33] convencionalmente[34].

Além da resposta à possibilidade de o direito ter uma fonte social, surge a necessidade de se explicar a normatividade do direito, que, segundo Radbruch (e vários autores positivistas), depende de uma análise moral.

Isto porque o fato de existir uma norma não origina, por si só, uma obrigação de cumprimento da determinação. Ou seja, há um ônus de demonstração da normatividade do direito e uma necessidade de criação de um princípio que sirva de ponte entre os juízos descritivos e normativos[35]. Segue, então, trecho de Hume a respeito dessa distinção:

> Em todo sistema de moralidade que me deparei até então, sempre percebi que o autor procede, por algum tempo, na forma ordinária de raciocinar e estabelece a existência de um Deus ou faz observações a respeito dos assuntos humanos; quando, de repente, fico surpreso ao notar que, em vez das cópulas usuais de proposições, é e não é, eu não encontro nenhuma proposição que não esteja conectada a um dever-ser

32 Ibid., p. 37.

33 HART. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 100–110.

34 O convencionalismo de Hart foi elaborado em seu pós-escrito em resposta a Dworkin. Shapiro discorda da visão convencionalista do direito. Ibid., p. 266–267; SHAPIRO. **Legality**. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 105–106.

35 SHAPIRO. **Legality**. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 48.

> ou a um deve-não-ser. Essa mudança é imperceptível; mas é, contudo, de última consequência. Pois como esse dever-ser, ou deve-não-ser, expressa uma nova relação ou afirmação, é necessário que isso deva ser observado e explicado; e, ao mesmo tempo que uma razão deve ser dada, para o que parece totalmente inconcebível, como essa nova relação pode ser uma dedução de outras, as quais são totalmente diferentes dela. Mas como autores não comumente tomam essa precaução, eu devo presumir a recomendação para os leitores; e estou persuadido de que essa pequena atenção subverteria todos os sistemas vulgares de moralidade, e vejamos, que a distinção de vício e virtude não é fundada meramente na relação entre objetos, nem é percebida pela razão (tradução livre).[36]

Essa distinção não defende a existência de uma barreira ontológica entre os diferentes planos[37], mas somente recomenda

36 "In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs ; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ouqht, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence, For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the Same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall preto recommend it to the readers ; and am persuaded, that this small attention wou'd subvert all the vulgar systems - of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason". HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Oxford: Clarendon Press, 1739. p. 479–480.

37 Sobre a crítica a respeito da interpretação rígida de Hume: KRELL, Andreas J. Superação da divisão rígida entre as dimensões do Ser e do Dever-ser no Direito através da ressignificação dos valores. **Rechtd. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, v. 13, p. 211–226, 2021.

uma argumentação lógica a respeito da inferência do ser para o dever-ser, como bem percebido por Morbach[38].

Isso também não é uma preocupação com a justificação moral do direito, mas, sim, com a explicação coerente do raciocínio jurídico. Uma teoria do direito deve ser capaz de explicar como uma pessoa (de qualquer índole) compreende as normas jurídicas (de qualquer qualidade moral) e avalia a sua própria conduta em face do que foi entendido a partir de um juízo descritivo (sobre quais são as normas existentes)[39].

Com base nisso, Shapiro verifica a inadequação das teorias de Kelsen[40] e de Hart[41], por entenderem o direito como primariamente direcionado aos agentes públicos em vez da ação dos sujeitos participantes, mitigando o papel da racionalidade prática na normatividade do direito[42].

Ademais, Shapiro assevera que o compartilhamento do vocabulário moral afasta a amoralidade de conceitos como autoridade e obrigação, bem como impossibilita a existência de um terreno neutro entre a descrição e a moral que os positivistas possam reivindicar – o que dificulta o uso da descrição pura para viabilizar crítica moral do direito que Kelsen[43] e Hart[44] buscaram[45], a fim de afastar a obediência irreflexiva à lei[46].

38 MORBACH. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. p. 107.

39 SHAPIRO. **Legality**. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 113–114.

40 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. cap. 3.

41 HART, **The Concept of Law.** p. 110–117.

42 SHAPIRO, **Legality.** Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 116.

43 KELSEN, **Teoria Pura do Direito**. p. 116.

44 HART, **The Concept of Law**. p. 211.

45 SHAPIRO, **Legality**. p. 116.

46 MORBACH, **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. p. 157.

Apesar disso, Waldron identifica o positivismo descritivo como meta-eticamente neutro, por não exigir um posicionamento moralmente relativista. Contudo, considera o positivismo normativo (moralmente posicionado) como a forma mais interessante de positivismo, por avaliar a contaminação moral das decisões jurídicas como uma desvantagem no entendimento dos desacordos morais sobre o direito[47].

Diferentemente do positivismo, o jusnaturalismo não sofre com esse desafio à coerência teórica, porque trata de juízos morais (normativos) *all the way down*[48], embora isso seja um desafio na identificação e explicação da existência de sistemas jurídicos perversos[49], como o enfrentado por Radbruch.

Não digo, porém, que os não positivistas ignoram a questão, visto que Radbruch enfrentou o problema e que, por exemplo, Dworkin interpreta o desafio de Hume como uma negativa do ceticismo moral e um apoio principiológico à independência da moralidade como um departamento epistêmico com seus próprios padrões de investigação e de justificação[50].

Sem embargo do problema da normatividade, os positivistas contemporâneos superaram a tese da separação conceitual entre direito e moral, mal interpretada por Radbruch como uma ideologia política de submissão irreflexiva à lei em vez de uma teoria descritiva do direito – enquanto buscava justamente o contrário[51].

Apesar dessa superação, está correta a afirmação de Valadão de que há um abismo entre dizer que não há relação necessária entre os dois fenômenos e dizer que não existe qualquer relação entre eles – salto lógico incompatível com o próprio positivismo[52].

47 WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 166–167.

48 SHAPIRO, **Legality**. p. 48–49.

49 Ibid., p. 49–50.

50 DWORKIN, **Justice for Hedgehogs.** p. 17.

51 VALADÃO, **Positivismo Jurídico e Nazismo**. p. 34–35.

52 Ibid., p. 36–37.

No mesmo sentido, Kelsen sustentava a autoevidência da necessidade de que o direito seja moral, embora não considerasse isso um requisito de validade jurídico ou uma incorporação do direito pela moral[53].

Por outro prisma, Raz negava a tese da separação conceitual, dado que o fato de o direito ser moralmente avaliável é um ponto conceitual sobre o direito. Em compensação, subscrevia à tese das fontes ao insistir que a identificação do direito não exige o uso de argumentos morais ou julgamentos de mérito[54].

Contudo, o tratamento da reivindicação de autoridade legítima como uma propriedade necessária do direito em Raz[55] não implica a inclusão de um fato moral como fonte do direito, mas apenas uma solução à necessidade de diferença normativa do direito, porquanto a autoridade não é necessariamente legítima, apenas reivindicada.

Logo, há uma clara diferença entre o tratamento do direito e da moral como sistemas distintos e a incorporação necessária de boas normas morais ou de argumentação moral, como em Alexy[56].

A INDIFERENÇA PRÁTICA DA FÓRMULA DE RADBRUCH

Como mencionado anteriormente, por ser centrada na isonomia, a fórmula de Radbruch não tem sua aplicabilidade restrita à interpretação do direito de regimes autocráticos, tanto que foi utilizada

53 KELSEN, **Teoria Pura do Direito**. p. 108.

54 RAZ, Joseph.. **The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism.** p. 20–21.

55 RAZ, About Morality and the Nature of Law. **American Journal of Jurisprudence**, v. 48, p. 1–17, 2003. p. 16.

56 Alexy diz que a pesquisa jurídica deve ser normativa, premissa a partir da qual aduz, por exemplo, que o princípio da proporcionalidade integra o direito, destacando o papel do raciocínio moral na fundamentação jurídica. ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**. v. 253, p. 18–23, 2015; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2015. p. 33–34; ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 152.

em julgamento recente do STJ a respeito da admissão excepcional de remição ficta da pena, conforme transcrição abaixo:

> Em outros termos e contextualizando para a temática dos autos, a lei (art. 126, §4º, da LEP) é válida, constitucional e deve ser interpretada restritivamente. Todavia, na hipótese excepcionalíssima da pandemia de covid-19, ela não se revela a solução mais justa para os presos que já trabalhavam ou estudavam. Por isso, verifica-se uma hipótese em que o aplicador da norma, no caso concreto, deve reconhecer a sua derrota ou superação.
>
> Nessa linha argumentativa, é interessante ainda mencionar que o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça em uma situação de normalidade não é o mesmo que se observará em eventuais situações de anormalidade. Cuidando-se para não se dar margem a subjetivismos desmesurados (solipsismos) é salutar que se atente à "Fórmula de Radbruch". Segundo ela, apesar de o Direito Positivo ter precedência, mesmo quando injusto e desfavorável às pessoas, quando ele se revelar portador de injustiça insuportável, ele não deverá prevalecer (...)
>
> Assim, entendo que negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de covid-19 o direito de continuar a remitir sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceu, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR), da isonomia (art. 5º, caput, da CR) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CR); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei[57].

57 BRASIL. **Recurso especial nº 1.953.607/SC** (2021/0257918-4), p. 17–18.

Ainda que a retirada do fundamento na referida fórmula não implique a alteração do resultado do julgamento (talvez possa ser considerada até *obiter dictum*), a crítica a respeito da indiferença prática não se resumirá a isso.

Na realidade, a diferença prática é a uma explicação sobre como as normas jurídicas[58] servem as suas funções, mesmo que insuficientemente, por meio da conexão com o comportamento guiado por regras[59]. Ou seja, é uma explicação sobre o raciocínio jurídico numa teoria do direito.

Entretanto, o mau desempenho das funções epistêmicas das normas jurídicas é mais bem compreendido no nível contingente do direito – sobretudo nos sistemas jurídicos em que as normas são postas por meio de textos que admitem mais de uma interpretação.

Segundo Raz, o raciocínio é uma atividade intencional que busca uma justificativa para a conclusão e verifica a correção desta[60]. Então, a normatividade se relaciona à forma como os nossos poderes racionais, razões (para crenças, emoções, ações etc.) e raciocínio estão interconectados[61].

Para Raz, a racionalidade prática tem natureza axiológica (não necessariamente moral) e está vinculada ao valor da ação ou do bem perseguido por esta, impedindo uma análise meramente instrumental do agir humano. Os poderes racionais são compreendidos como capacidades para discernir quais aspectos da vida são valem a pena de serem buscados pelo agir, mostrando como a normatividade – diretivas para o uso da racionalidade – permeia a racionalidade prática[62].

58 Por "norma", refiro-me, com Shapiro, a qualquer padrão que se proponha a regular conduta (permissão, proibição, determinação, atribuição de poder). SHAPIRO, Scott J. On Hart's Way Out. *In*: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 153.

59 Ibid., p. 189.

60 RAZ, Joseph, **The Roots of Normativity.** Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 73.

61 Ibid., p. 72.

62 Ibid., p. 275.

Sob a perspectiva da racionalidade prática axiológica, a adoção de regras pode parecer irracional, pois se há algo correto a se fazer, não haveria necessidade de recurso a uma regra. Enquanto uma regra tem olhos para o passado (pois são adotadas em um momento anterior à ação), a racionalidade prática tem olhos para o futuro (ao agir propriamente dito). Dessa forma, a racionalidade das regras (jurídicas ou não) decorre da operação destas como constrições sobre o agir – quem adota uma regra se compromete a cumpri-la futuramente, tratando-a como uma razão, e não como uma coerção na ação intencional[63].

Conforme a tese da diferença prática, o direito pode fazer diferença ao fornecer razões e ao estruturar o raciocínio prático das pessoas de maneira epistêmica (fornecendo informações) ou motivacional (fornecendo razões)[64].

Ainda que o direito falhe em fazer diferença, isso não significa que não seja capaz de fazê-la em princípio. A diferença deve ser prática, e não necessariamente instrumental ou sempre verificada em contrato. Por isso, a dificuldade do uso da moral como fonte de direito decorre da impossibilidade lógica de ser necessário, para identificar o direito, inquirir as razões dependentes que o próprio direito busca substituir – precluindo a função mediadora do direito[65].

A importância das funções epistêmicas das normas jurídicas é esclarecida pelo falo destas não serem comunicadas pelos agentes públicos presencialmente aos cidadãos – os quais têm o ônus de aprender as exigências jurídicas e de aplicá-las por si próprios[66]. No caso dos agentes públicos, a função mais importante é a motivacional, devido ao ponto de vista interno da regra de reconhecimento[67].

63 SHAPIRO, Scott J. The Rationality of Rule-Guided Behavior: A Statement of the Problem. **San Diego Law Review**., v. 42, p. 55–60, 2005.

64 COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *In:* COLEMAN, Jules (Org.), **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press. 2001. p. 122.

65 Ibid., p. 136–146.

66 SHAPIRO. On Hart's Way Out. p. 173; HART. **The Concept of Law**. p. 38–39.

67 SHAPIRO. On Hart's Way Out. p. 174; HART. **The Concept of Law**. p. 116.

Para compreender melhor as funções epistêmicas, uma diferenciação deve ser feita. De um lado, o comportamento governado por norma é o comportamento sujeito à regulação de uma norma existente, ainda que não haja conformação a esta. Por outro lado, o comportamento guiado por norma é o comportamento que se conforma à norma pela razão de existir uma norma que regule a ação em questão[68].

Entretanto, aceitar uma regra não equivale a ser guiado por ela. Por exemplo, a pena do crime de homicídio não guia o comportamento de quem não tem intenção de matar alguém, muito embora a sanção possa ser considerada uma razão para se abster de tal ato[69].

As regras diferem de juízos normativos em geral porque são razões independentes de conteúdo (que evitam deliberações sobre o mérito) capazes de fazer diferença prática[70], o que não seria possível se, para saber o que uma regra exige, uma pessoa deliberasse sobre o próprio mérito decidido pela regra – dificuldade inerente a algumas vertentes positivistas.

Waldron elucida que o positivismo é um rótulo associado a diversas espécies teóricas, que podem se referir às propriedades essenciais, como a separação entre moral e direito, num nível concreto, ou se interessam por valores afirmativos ou por visões funcionais do direito[71]. No caso em tela, trato das diferentes concepções da tese das fontes – da classificação do positivismo em exclusivo ou inclusivo.

À luz do positivismo exclusivo, o direito é um fenômeno social que, em princípio, é possível de ser identificado e determinado sem recurso à uma argumentação moral que prejudique sua capacidade de mediar razões e pessoas[72].

68 SHAPIRO. On Hart's Way Out. p. 153.

69 *Ibid.*, p. 172.

70 *Ibid.*, p. 176–177.

71 WALDRON, Jeremy, Normative (or Ethical) Positivism. *In*: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 432–433.

72 COLEMAN. **Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis**. p. 136–137.

Assim como no neoconstitucionalismo, o positivismo inclusivo permite que a moralidade possa ser uma condição de juridicidade – que a validade de normas possa depender de seus méritos substanciais, e não apenas da fonte social. Todavia, isso é incompatível com a diferença prática do direito[73].

Coleman defende o positivismo inclusivo ao afirmar que a restrição metafísica ou conceitual da identificação do direito exclusivamente por meio de fatos sociais é inadequada, pois os critérios de validação do direito podem ser usados como modos de identificação deste[74].

Em contraste com a dinamicidade da norma de reconhecimento exclusiva (a fatos sociais mutáveis), a norma inclusiva (de fatos morais) é estática, visto que a moralidade é um sistema sem regra de mudança de suas verdades, ao contrário dos sistemas jurídicos. Na moralidade, não é a verdade que muda, mas a visão das pessoas sobre a verdade[75].

Contudo, essa natureza estática da moralidade não consiste em posição metaética que prejudica as teses relativistas internas[76], pois a validade de regras morais pode ser compreendida como relativas a culturas específicas, sem que isso signifique a mudança dos valores válidos[77].

Shapiro conclui, então, que a obrigação jurídica de aplicar normas morais não converte estas em jurídicas, distinguindo a validade jurídica (normas aplicáveis por força do sistema jurídico) da juridicidade (natureza jurídica da norma), com o exemplo da aplicação

73 Ibid., p. 100–101.

74 Ibid., p. 137.

75 SHAPIRO. **On Hart's Way Out**. p. 181.

76 Uso a mesma distinção de Dworkin, que difere o ceticismo interno (incerteza da verdade moral) do ceticismo externo (indeterminação da verdade moral). DWORKIN. **Justice for Hedgehogs.** p. 29.

77 Para aprofundamento no tema da mudança dos princípios morais, recomendo a leitura do artigo *Can Basic Moral Principles Change?* de Raz. SHAPIRO. **On Hart's Way Out**. p. 181; RAZ. **The Roots of Normativity**. p. 93–124.

de uma norma jurídica estrangeira no direito doméstico – aplicação válida que não transforma o direito estrangeiro em direito local[78].

Igualmente, Raz esclarece que a tese da exclusividade das fontes sociais admite a consideração de matérias não jurídicas nas cortes, porém, nega que a decisão judicial seja uma dissertação sobre essas áreas[79].

Em Raz, a normatividade se basearia não na lei, mas no sistema jurídico, composto por normas que guardam relações internas entre si, incluindo leis que não são normas (que não regulam conduta)[80].

À luz dessa teoria, o sistema jurídico é tratado como um sistema de razões para a ação, de forma que o problema da identificação do direito é um problema de identificação de razões jurídicas – as quais são dirigidas não apenas às autoridades. Essa identificação das fontes sociais, não envolve deliberação moral – feita no estágio deliberativo de elaboração das razões –, de maneira que apenas razões executivas (relativas à prática da ação regulada pelo direito) são propriamente jurídicas[81].

A solução de Raz ao problema da normatividade do direito está na função mediadora da reivindicação da autoridade moral pelos sistemas jurídicos, que fornecem razões preemptivas para agir (substitutivas da valoração do sujeito sobre o que deve ser feito) por meio da linguagem normativa. Essa reivindicação, no entanto, não implica, por si, a legitimidade moral do direito – condição necessária para a validade moral das diretivas de ação[82].

78 SHAPIRO. **On Hart's Way Out.** p. 190.

79 RAZ, Joseph, Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. *In*: COLEMAN, Jules (Org.), **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law, Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 32.

80 RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico:** uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**.** São Paulo: WMF Martins Fontes. 2012. p. 226.

81 Ibid., p. 283–286.

82 RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 46; RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain:** Essays in the Morality of Law and Politics. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 215–219; RAZ, Joseph, **The Authority of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 214–216.

Numa vertente diversa da de Raz e à luz da racionalidade instrumental de Bratman[83], Shapiro desenvolve a teoria do direito como planejamento (que não será aprofundada), que considera o planejamento social feito pelo direito como uma razão para agir específica, sujeita à racionalidade própria do direito, que tem um ponto de vista próprio de avaliação de condutas[84].

De mais a mais, Shapiro reforça que a existência e o conteúdo do direito não podem ser determinados por fatos cuja existência o plano busca estabelecer[85], evidenciando o seu compromisso com a tese da diferença prática do direito.

A crítica aqui desenvolvida depende da admissão da premissa de que o direito tem capacidade de guiar a conduta humana, de maneira que o problema da fórmula de Radbruch não é o uso da argumentação moral no direito, mas o uso da moral como critério de identificação do que é ou não jurídico.

Isto é, a admissão da viabilidade hermenêutica da fórmula de Radbruch depende de uma compreensão prévia do conteúdo da justiça, de modo que o seu uso para combater novas injustiças decorrentes de novas ideias de quais seriam os fatos morais demonstra um risco de confusão argumentativa entre critério de identificação e de validação do direito.

Se a moral for o critério de interpretação da validade do direito, ela, em si, não é o objeto da interpretação, mas é uma verdade previamente conhecida, sendo a interpretação feita sobre a conformidade do direito positivo – que já seria previamente conhecido por ser limitado e condicionado pelos fatos morais.

Essas novas interpretações a respeito do que seria moral e justo são comuns no Brasil, que, com histórico de regimes autocráticos, é terreno fértil para o uso da fórmula de Radbruch na argumentação e interpretação do direito.

---

83 BRATMAN, Michael E. **Intention, Plans and Practical Reason**, Cambridge; London: Harvard University Press, 1987.

84 SHAPIRO, **Legality**. p. 183.

85 Ibid., p. 275.

Dessa forma, a descoberta de injustiças pode gerar dificuldades a respeito da juridicidade geral de um sistema jurídico historicamente fundado nessa história autocrática e em injustiças estruturais, como as desigualdades raciais e de gênero – em contrariedade a fatos morais que precedem à própria existência desse sistema.

Não digo que essas novas interpretações morais são indevidas, mas que, além de decorrerem de fatos sociais, indicam a inexistência da autoevidência dos fatos morais exigida pela inclusão da moral como critério de identificação do direito – além da contradição lógica disso.

Por esses motivos, a tese da diferença prática demonstra a fragilidade estrutural do uso da moral como critério de validade e de identificação do direito, afetando, por conseguinte, a solidez teórica da fórmula de Radbruch, bem como do neoconstitucionalismo e do positivismo inclusivo.

CONCLUSÃO

O presente estudo apresenta uma análise positivista da fórmula de Radbruch, especialmente a partir da tese da diferença prática e da tese da exclusividade das fontes sociais do direito.

Utilizei a fórmula de Radbruch como um paradigma para revisar uma crítica comum ao papel da moral no positivismo jurídico, de maneira a apontar algumas inconsistências teóricas nas teorias que incluem a moral como critério de identificação do direito, principalmente as neoconstitucionalistas.

Na segunda parte, abordei a crítica à separação positivista entre a moral e o direito trazida pelo neoconstitucionalismo e por Radbruch, bem como apresentei a fórmula da injustiça extrema como critério interpretativo da validade do direito positivo.

Na terceira parte, expus as principais teses do positivismo jurídico, as questões que uma teoria positivista deve responder para ser considerada válida e a nova compreensão a respeito da conexão necessária entre a moral e o direito no positivismo jurídico, não

obstante os sistemas normativos continuem sendo considerados como distintos.

Em seguida, apresentei a tese da diferença prática e defendi a incompatibilidade da fórmula de Radbruch com a capacidade de o direito guiar a conduta humana, além de outras dificuldades decorrentes do uso da moral como critério de identificação do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 9–30, 2010.

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 9–30, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1–19, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Edipro, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.953.607/SC**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em: 14 set. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 sep. 2022. Disponível em: https://www.stj.jus.br/. Acesso em: 08 Abr. 2022.

BRATMAN, Michael E. **Intention, Plans and Practical Reason**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1987.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *In*: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 99–148.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. *In.:* BULLOCH, Penelope A.; RAZ, Joseph. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 00-00.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Oxford: Clarendon Press, 1739.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

KRELL, Andreas J. Superação da divisão rígida entre as dimensões do Ser e do Dever-ser no Direito através da ressignificação dos valores. **Rechtd. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, v. 13, p. 211–226, 2021.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

PICCELLI, Eric. **O Positivismo dos Planos:** Introdução Crítica ao Pensamento de Scott Shapiro. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

RADBRUCH, Gustavo. **Filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 1, p. 1–11, 2006.

RAZ, Joseph. About Morality and the Nature of Law. **American Journal of Jurisprudence**, v. 48, p. 1–17, 2003.

RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain:** Essays in the Morality of Law and Politics. Revised edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico:** uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RAZ, Joseph. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. *In.*: PAVLAKOS, George (org.). **Law, Rights and Discourse:** The Legal Philosophy of Robert Alexy. London: Hart Publishing, 2007. p. 17–36.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

RAZ, Joseph. **The Roots of Normativity**. Oxford: Oxford University Press, 2022.

RAZ, Joseph. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. *In*: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 1–38.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 9, p. 95–133, 2009.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. On Hart's Way Out. *In*: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 149–193.

SHAPIRO, Scott J. The Rationality of Rule-Guided Behavior: A Statement of the Problem. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 55–60, 2005.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo:** formação, refutação e superação da lenda do Positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. *In*: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 411–434.

25. SOBRE UMA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA REPERCUSSÃO NA DECISÃO JUDICIAL

Ewerton Gabriel Protázio de Oliveira

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Dentro da teoria geral do direito, é evidente que o estudo dos conceitos jurídicos fundamentais se tornou o pontapé inicial para uma sistematização científica. Dentre eles, o fato jurídico foi objeto de forte teorização por parte da doutrina.

Pontes de Miranda, com o apoio e aperfeiçoamento de Marcos Bernardes de Mello, foi um daqueles que se propuseram a estudar, de maneira lógica, o fenômeno do fato jurídico.

O tema rendeu diversas obras jurídicas, teses, dissertações e artigos científicos dos mais diversos estudiosos.

Nesse aspecto, passou-se a discutir a possibilidade de também estudar o fato jurídico dentro da seara processual, no intuito de, da mesma forma, encontrar uma logicidade do fenômeno processual, a fim de fornecer ao intérprete do direito novos instrumentos de melhoramento da ordem jurídica, em especial da decisão judicial.

É nessa linha de pesquisa que o presente trabalho pretende se desenvolver, ou seja, tentar correlacionar, não exaustivamente, a teoria do fato jurídico ponteana ao processo civil, com o fim de, por último, avaliar como a decisão judicial – entendida como decisão interlocutória e sentença – pode ser encarada nessa seara.

Para tanto, o estudo se dividirá em três pequenos itens: o primeiro, tratando sinteticamente da teoria do fato jurídico, com a conceituação do fato jurídico, suas espécies e os planos do mundo jurídico; o segundo, pretendendo trazer reflexões sobre uma possível teoria do fato jurídico processual; e o terceiro, explorando a decisão judicial como um possível fato jurídico processual e as respectivas implicações.

Adotar-se-á, nesta pesquisa, um marco teórico específico, vale dizer, a concepção de Pontes de Miranda sobre o tema, com o desenvolvimento realizado por Marcos Bernardes de Mello.

Por fim, a conclusão do estudo irá apresentar como a decisão judicial pode se apresentar na teoria do fato jurídico processual e os benefícios dessa conduta.

O FATO JURÍDICO E OS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO

DA CONCEITUAÇÃO DO FATO JURÍDICO

Para que se possa adentrar na estruturação tripartite do fato jurídico, faz-se necessário, inicialmente, conceituá-lo.

Nesse passo, é preciso ter em mente que a expressão "fato jurídico" não é detentora de apenas um sentido.

Mello[1], em sua obra clássica acerca da teoria do fato jurídico, deixa claro que a despeito de Savigny ter sido o primeiro jurista a empregar a expressão – limitando-a aos acontecimentos que fazem as relações jurídicas nascerem e terminarem –, muitas outras conceituações foram produzidas, na tentativa de um melhoramento dela.

Na Itália, por exemplo, Falzea[2] já alertava que a expressão fato jurídico poderia ter, ao menos, dois sentidos distintos: aquilo a que uma norma jurídica correlaciona a um efeito jurídico; e os acontecimentos temporais não configurados como atividade humana voluntária.

Aliás, Passarelli[3], em sua clássica definição, escreveu que:

> São fatos jurídicos os que produzem um evento jurídico que pode consistir, em particular, na constituição,

1 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111.

2 FALZEA. Angelo. Fatto giuridico. **Enciclopedia del Diritto.** Millano: Giuffrè, 1967, p. 942.

3 SANTORO-PASSARELLI, F. **Teoria geral do direito civil.** Coimbra: Atlântica, 1967. p. 79.

> modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou, também, na substituição duma relação nova a uma relação preexistente, e, ainda, na qualificação duma pessoa, duma coisa ou de um fato.

Na verdade, o que se percebe é que o critério da funcionalidade utilizado por Savigny foi aperfeiçoado, ao passo que a doutrina brasileira, em sua maior parte, também seguiu o mesmo norte.

Diniz[4], sobre o assunto, relata que: "O fato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas jurídicas". Amaral[5], por sua vez, define os fatos jurídicos como "acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e seus direitos".

No mesmo caminho, Ávila[6] ainda cita Caio Mário da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues.

Malgrado se possa vislumbrar uma tendência doutrinária de utilização do critério da funcionalidade, Pontes de Miranda[7], reforçado por Mello[8], já alertava sua incompletude, tendo em vista que existiriam fatos que, embora não gerassem efeitos jurídicos, ainda assim seriam jurídicos, como, por exemplo, o testamento revogado pelo testador.

De fato, restringir o fato jurídico à existência de efeitos não nos parece suficiente, sobretudo quando se percebe que há hipóteses

4 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 523.

5 AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 379.

6 ÁVILA, Raniel Fernandes**. A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do estado democrático constitucional brasileiro.** Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2017. p. 56.

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** introdução, pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 78.

8 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112.

em que a eficácia é postergada – como nos casos dos contratos com condição suspensiva –, bem como onde ela sequer existe, como citado no testamento revogado pelo testador.

É por essa razão que Mello atribui à Pontes de Miranda a melhor conceituação do fato jurídico, justamente porque ele a direcionou aos seus elementos estruturais essenciais. Já dizia Pontes de Miranda[9]:

> Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou, ainda, se contêm fatos jurídicos. ***Fato jurídico* é, pois, o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica**. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.

Dessa forma, fatos jurídicos são aqueles fatos que sofrem a incidência da regra jurídica, melhor dizendo, são os fatos que, eleitos como relevantes pela sociedade através do Estado, inserem-se no mundo jurídico através da técnica da regra jurídica.

PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

Os fatos jurídicos, obviamente, possuem certas distinções entre si, o que exigiu da doutrina a elaboração de uma classificação da espécie por critérios específicos.

Não é desconhecido por esta pesquisa a existência dos mais diversos critérios de classificação dos fatos jurídicos.

9 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** introdução, pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, tomo I. p. 77.

Mello[10] cita, pelo menos, três diferentes modelos: a) segundo os efeitos do fato jurídico - constitutivos, modificativos ou extintivos; b) segundo a natureza dos fatos - acontecimentos naturais (ordinários ou extraordinários) ou ações humanas (de efeitos jurídicos voluntários ou involuntários); c) segundo a proposta de Teixeira de Freitas - fatos exteriores (= fato jurídico *stricto sensu*) e fatos humanos (atos).

Ressalta-se que não é objetivo deste trabalho destrinchar cada um dos referidos critérios, mas sim aquele que será a base teórica para uma teoria dos fatos jurídicos processuais.

Nessa perspectiva, seguindo a orientação de Mello[11], adota-se a proposta apresentada por Pontes de Miranda, segundo a qual os fatos jurídicos devem ser classificados conforme os dados nucleares (cerne) de seu suporte fático.

Em consequência, são elementos nucleares essenciais: "a) a conformidade ou não do fato jurídico com o direito (licitude ou ilicitude); b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica.".[12]

Em relação à conformidade com o direito, os fatos jurídicos podem ser lícitos, ou seja, se concretizam em conformidade com as prescrições normativas, afirmando a ordem jurídica, ou ilícitos, violando prescrições normativas e negando a ordem jurídica[13].

No que toca ao elemento volitivo, Mello[14], com base *ponteana*, traz as seguintes classes:

a) Fatos jurídicos *stricto sensu* - aqueles que não necessitam de ato humano, ou seja, os fatos da natureza bastam para o suporte fático.

10 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 114-117.

11 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

12 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111/112.

13 Embora ilícito, o fato não deixa de ser jurídico.

14 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 123-124.

Como exemplo, temos a morte, o nascimento, o implemento de idade, o parentesco, etc.;

b) Atos-fatos jurídicos - aqueles em que a conduta humana faz parte do suporte fático, malgrado a vontade em praticá-la seja juridicamente irrelevante[15]. São os casos da caça, da pesca, da comistão, do acho do tesouro, etc.;

c) Atos jurídicos *lato sensu* - são os fatos jurídicos cujo suporte fático tenha como cerne a exteriorização de um ato humano volitivo e consciente, cujo fim é a obtenção de um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível. Eles se subdividem nas seguintes subespécies:

c.1) Atos jurídicos *stricto sensu* - nos quais não há escolha da categoria jurídica, não podem ser alterados pela vontade dos interessados e os efeitos já são pré-definidos. Na definição de Pontes de Miranda[16], "a vontade é sem escolha da categoria jurídica, donde certa relação de antecedente e consequente (sic), em vez de relação de escolha a escolhido." A constituição de domicílio e o reconhecimento de paternidades são exemplos dessa categoria;

c.2) Negócios jurídicos - diferem dos atos jurídicos *stricto sensu* no que toca a liberdade dos interessados para, de forma limitada, escolherem as categorias jurídicas que lhes convierem, bem como o conteúdo eficacial das relações jurídicas decorrentes. Os contratos são o exemplo clássico e mais recorrente dos negócios jurídicos.

Estabelecida a referida classificação, sem esquecer das inúmeras outras discussões aprofundadas sobre a temática, inclusive subclassificações, que não é objeto do nosso estudo, parte-se para a

15 Nesse ponto, Pontes de Miranda assim escreveu: "*Actus* vem de ago*, agere*. Há movimento próprio, com objetivo, ou mesmo fim (...)" e "no *factum,* há, apenas, o 'feito'; donde poder-se distinguir do fato a vontade (*distinguire voluntatem a facto*)" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: bens e fato jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 458.

16 PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 13. Também: PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 536.

análise dos três planos do mundo jurídico apresentados por Pontes de Miranda, pelos quais pode perpassar o fato jurídico.

O PLANO DA EXISTÊNCIA

Primeiro dos planos do mundo jurídico, o plano da existência reflete o nascimento do fato jurídico. Nele, a norma jurídica incide sobre o fato ocorrido – independentemente de ser lícito ou ilícito –, de modo a transportá-lo para o mundo jurídico.

Há, em verdade, a composição do suporte fático suficiente. É o plano do ser[17], onde todos os fatos jurídicos devem inicialmente ingressar após ultrapassar três momentos específicos: abstrato (previsão hipotética do fato jurídico pela norma), de concreção (incidência da norma sobre o acontecimento da vida) e de nascimento (juridicização do fato, com o ingresso no plano da existência)[18].

O PLANO DA VALIDADE

Malgrado todo fato que transite no plano da validade perpassou pelo plano da existência, a recíproca nem sempre será assim. Isso porque, para passar pelo plano da validade, o fato jurídico terá de ser daqueles em que a vontade humana constitui o cerne do suporte fático, ou seja, tem de ser um ato jurídico *stricto sensu* ou um negócio jurídico[19].

Ora, tal conclusão é lógica. Se nas demais subespécies de fato jurídico a vontade humana não importa juridicamente, ou mesmo não existe, não há como declará-lo nulo ou anulável.

17 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

18 BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**, v. 148. p. 293-320, 2007.

19 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 103.

Não se imagina, destarte, a invalidade ou nulidade de uma morte, de um nascimento, de uma pesca. Ironicamente, Pontes de Miranda[20] escreveu que "não se morre nulamente, nem anulavelmente, nem se nasce nulamente, ou anulavelmente."

O PLANO DA EFICÁCIA

Aqui é possível o ingresso de qualquer fato jurídico (*lato sensu*), não importando se há ou não vontade humana, e se ela é relevante ou irrelevante. O plano da eficácia constitui o local do mundo jurídico em que os fatos jurídicos irradiam seus efeitos.

Os efeitos, por sua vez, como relata Mello[21], criam situações jurídicas, relações jurídicas, com direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, ou os extinguem.

Evidentemente que, como o plano da validade, este plano exige que o fato tenha ingressado no da existência anteriormente.

Em uma análise lógica, os fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e fatos ilícitos *lato sensu*, já adentram ao plano da eficácia com a sua existência, salvo por vontade da lei.

Noutro giro, quanto aos atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos, Mello[22] apresenta três situações: a) em regra, os atos jurídicos válidos são eficazes – há exceções; b) os atos jurídicos anuláveis também são eficazes, porém seus efeitos são *interimísticos*[23], podendo se tornar definitivos; c) em regra, os atos nulos são ineficazes – há exceções.

UMA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

20 PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 96.

21 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência**)**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

22 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

23 Expressão apresentada por Pontes de Miranda, que parece se referir ao que é interino, provisório.

Posta, sinteticamente, a ideia de fato jurídico, sua classificação e os planos do mundo jurídico, surge uma dúvida muito interessante no âmbito do direito processual: é possível haver uma teoria dos fatos jurídicos processuais?

A problemática é pertinente, sobretudo quando se leva em consideração que o conceito de fato jurídico é lógico-jurídico e integrante da teoria geral do direito. Assim, seria possível pensar na sua aplicação a qualquer ramo do direito.

No Brasil, o estudo da temática foi muito bem realizado por um grupo de pesquisa da Universidade Federal da Bahia, denominado "Teoria Contemporânea da relação jurídica processual: fato, sujeitos e objeto", liderado pelo jurista baiano Fredie Didier Jr[24], que tinha como uma das linhas de pesquisa a "Teoria do Fato Jurídico Processual".

Em suma, a ideia é de que a classificação dos fatos jurídicos também seja aplicável à Teoria Geral do Processo, de modo a fornecer novos instrumentos para solução de problemas.

A pretensão, além de encampada pelos integrantes do grupo[25], é robustecida por parte da doutrina, a exemplo de J. E. Carreira Alvim[26] e Daniel Francisco Mitidiero[27].

Os argumentos são muitos, mas, em linhas gerais, segue-se a conclusão de Mello[28] no sentido de que "[...] nada acontece no mundo jurídico senão como um produto do fato jurídico, seja em que ramo da Ciência Jurídica for."

CONCEITO DE FATO JURÍDICO PROCESSUAL

24 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: editora Juspodivm, 2011. p. 17.

25 Aí inseridos os professores Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Paula Sarno Braga e Marcos Ehrhardt Jr.

26 CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 251 e 252.

27 MITIDIERO, Daniel Francisco**. Comentários ao Código de Processo Civil**.. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. p. 12/13.

28 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28.

Na perspectiva processual, o fato jurídico processual *latu sensu* seria, nas palavras de Sarno[29], "o fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo."

Em definição semelhante, Didier Jr. e Nogueira[30] afirmam que os fatos jurídicos processuais em sentido amplo "podem ser definidos como os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais."

Dessa forma, é necessário que haja a incidência de norma processual sobre um fato do mundo, ou seja, quando este último é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma processual.[31]

Instigante discussão se forma acerca do local onde ocorre o fato, isto é, intraprocessual – durante o procedimento – ou extraprocessual – fora do procedimento, pois, para alguns, só seria considerado fato processual aqueles que ocorrem dentro do processo.

J.J. Calmon de Passos, por exemplo, entende que ato processual é "aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado".

Para este trabalho, no entanto, o fato jurídico processual pode ocorrer tanto dentro do processo (como procedimento), como fora, mas desde que se refira a ele.

Nas palavras de Nogueira[32], "a processualidade fica condicionada ao surgimento (que poderá ser anterior, concomitante ou posterior

29 BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo,** v. 148. p. 293-320, 2007.

30 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: editora Juspodivm, 2011. p. 31.

31 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 243.

32 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais:** análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

ao fato) de um procedimento a que se refira o fato (manifestação de vontade, conduta, ou simples evento)".

PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

À semelhança da classificação apresentada por Pontes de Miranda, desenvolvida também por Marcos Bernardes de Mello, a doutrina brasileira propõe apresentar também uma classificação dos fatos jurídicos processuais em sentido amplo.

Neste trabalho, para esclarecimento, se adotará a proposta apresentada por Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, com base nas ideias "ponteanas".

Dos fatos jurídicos processuais lícitos

Dentro dessa categoria estão os fatos jurídicos *stricto sensu* processuais, os atos-fatos jurídicos processuais, atos jurídicos *stricto sensu* processuais e os negócios jurídicos processuais.

Os **fatos jurídicos *stricto sensu* processuais** são, por evidência, os acontecimentos naturais ou biológicos que, previstos como cerne do suporte fático da norma jurídica processual, se relacionam a um procedimento. Como exemplo, temos a morte de uma das partes processuais[33], a qual, inclusive, gera uma situação jurídica: direito à suspensão do processo – pode-se, ainda, citar o parentesco, a calamidade pública e o advento da maioridade.

Não obstante, há aliciante discussão acerca da própria existência dos fatos jurídicos *stricto sensu* processuais. Isso porque, conforme Braga[34], em razão de alguns autores[35] entrelaçar o fato jurídico

33 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: editora Juspodivm, 2011. p. 39.

34 BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo,** v. 148. p. 293-320, 2007.

35 Tome-se, como exemplo, os dizeres de José Joaquim Calmon de Passos: "No processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos

processual àqueles praticados dentro do processo, por obviedade, os acontecimentos naturais e biológicos, que são sempre "extraprocesso", nunca o iriam ser.

Como já fincado neste estudo, o critério aqui utilizado não é o da sede de ocorrência do fato, mas o de sua referência ao processo, ou seja, nos dizeres de Couture[36] "qualquer acontecimento suscetível de produzir efeitos jurídicos processuais".

Os **atos-fatos jurídicos processuais** se estabelecem na ideia de que, apesar de praticados por um ato humano, a vontade em praticá-los não seria relevante para o direito. A princípio, essa definição seria muito simplória. No entanto, sua repercussão no processo é digna de diversas páginas escritas.

Ora, entender um fato jurídico como um ato-fato processual é considerá-lo livre do regime das invalidades.

O adiantamento das custas, o preparo, o abandono da causa são hipóteses dessa categoria.

Ávila[37], em importante passagem de sua dissertação, constata que a "espécie (ato-fato processual) é tão interessante que, mesmo processualistas que não têm Pontes de Miranda como marco teórico, chegaram a admitir os atos-fatos processuais, a exemplo de Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Calmon de Passos."

Didier Jr. e Nogueira[38], com intento sistematizante, propõem uma subclassificação dos atos-fatos processuais: a) *reais*[39] - o adiantamento das custas, o preparo; b) *caducificantes* - qualquer perda de prazo, o abandono da causa; c) *indenizativos* - a antecipação de

processuais". (PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 64 e 65.)

36 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil.** Campinas: Red Livros, 1999. p. 110.

37 ÁVILA, Raniel Fernandes**. A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do estado democrático constitucional brasileiro.** Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2017. p. 85.

38 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: editora Juspodivm, 2011. p. 45-46.

39 Denominados "atos-fatos jurídicos processuais materiais" por Paula Sarno Braga.

tutela revogada que trouxe dispêndio financeiro à parte contrária, a execução provisória de título posteriormente anulado/reformado.

Partindo para as subespécies em que a vontade humana é considerada relevante ao direito, temos, inicialmente, o **ato jurídico *stricto sensu* processual.** Nele, o ato processual não escolhe a categoria jurídica e os efeitos, já que são pré-definidos.

Na verdade, boa parte dos fatos jurídicos processuais que integram o procedimento estão enquadrados nessa seara: citação, intimação, penhora, contestação, penhora, interposição de recurso, intervenção de terceiros.

Por fim, o **negócio jurídico processual** tem em sua essência o poder de escolha da categoria eficacial. É o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais[40].

A desistência da ação ou do recurso, o reconhecimento da procedência do pedido, o foro de eleição, a convenção para distribuição do ônus da prova e a transação são tipos de negócios processuais.

No Brasil, é possível encontrar, tanto negócios jurídicos processuais típicos, como atípicos, estes últimos fundamentados na cláusula geral de negociação sobre o processo, prevista no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015[41].

A doutrina tem investido em muitas classificações aos negócios processuais. É possível diferenciá-los[42] pelo lugar da celebração (procedimentais e extraprocedimentais), pelo momento da sua produção (preparatórios e interlocutórios), pela extensão do efeito

40 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 121.

41 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

42 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 121.

jurídico determinado pelo sujeito (vinculativos e discricionários) e pelos sujeitos (unilaterais e bilaterais).

Dos fatos jurídicos processuais ilícitos

Também é possível identificar, no âmbito do processo, os denominados ilícitos processuais.

Baseado na classificação apresentada por Felipe Peixoto Braga Netto[43], é possível identificar, como ressaltado por Braga[44], os seguintes ilícitos processuais: a) indenizativos – como a litigância de má-fé; b) caducificantes – como a remoção do inventariante; c) invalidantes – como a não intervenção obrigatória do Ministério Público; d) autorizantes: quando o devedor impede o oficial de justiça de entrar em seu espaço para fins de penhora de bens, o que autoriza o servidor público, mediante ordem judicial, a proceder com o arrombamento.

43 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

44 BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**, v. 148. p. 293-320, 2007.

A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA RELAÇÃO COM OS TRÊS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO

Assim como na teoria do fato jurídico no âmbito do direito material, também é viável analisar os três planos do mundo jurídico idealizados por Pontes de Miranda na seara processual.

Destarte, "ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fáctico é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência"[45], de modo que o fato só será processual se a um processo (procedimento) se referir.

Como bem exemplifica Ávila[46]:

> Destarte, a outorga de procuração, enquanto não iniciado um procedimento a que ela se refira, não será "processualizada". É como se ela adentrasse no mundo jurídico, por sofrer a incidência de norma de direito material (cria-se um negócio jurídico, com a outorga de poderes), mas não no segmento denominado "mundo jurídico processual".

Sendo existente, faz-se necessário identificar a tipologia do fato processual, uma vez que, a depender da categoria, sequer há passagem pelo plano da validade. Assim como na teoria geral, se no cerne do suporte fático não há a eleição da vontade como elemento, o fato jurídico processual não passará pelo referido plano: o fato jurídico processual *stricto sensu* e os atos-fatos jurídicos processuais.

Os ilícitos processuais, por serem contrários ao direito, também não passam pelo plano da validade.

---

45 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134.

46 ÁVILA, Raniel Fernandes**. A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do estado democrático constitucional brasileiro.** Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2017. p. 244.

Já no plano da eficácia, é possível que todos os fatos processuais adentrem, embora não necessariamente possam chegar até lá.

Veja que o caso da "cláusula de eleição de foro que não é invocada em momento oportuno é um bom exemplo: o negócio processual existiu, foi válido, mas não produziu seus efeitos jurídicos próprios."[47]

A DECISÃO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Instigante discussão se desenvolve sobre o enquadramento da decisão judicial – aí incluídas a decisão interlocutória e a sentença– no âmbito da tipologia dos fatos jurídicos processuais.

Ora, assim como qualquer outro fato que se liga a um processo (procedimento), o provimento judicial também possui todos os requisitos para se enquadrar como um fato jurídico processual, afinal, é praticado por um ato humano e sua relevância é reconhecida pelo direito positivo, senão vejamos diante do teor dos arts. 203 e 204 do CPC/15:

> Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
> § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 , põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
> § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

47 ÁVILA, Raniel Fernandes. **A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do estado democrático constitucional brasileiro.** Dissertação (mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2017. p. 246.

> § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.
> § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.
> Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.

É de se ver, assim, que o Direito entendeu por considerar relevante o ato humano praticado por um servidor público – o juiz – que, relacionado a um processo, decide uma questão posta pela parte processual.

A problemática, em verdade, se estabelece na dúvida se na decisão judicial praticada por um ato humano, a vontade em praticá-lo seria ou não relevante para o direito.

Dessa maneira, a depender da concepção adotada, a decisão judicial poderia tanto se enquadrar como um ato-fato jurídico processual, como um ato jurídico *lato sensu* processual.

Nesse sentido, Nogueira[48] conclui que uma sentença ou decisão pode configurar, de forma simultânea, mais de um fato jurídico, vale dizer, pode ser, ao mesmo tempo, um ato-fato processual e um ato jurídico processual.

A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO-FATO JURÍDICO PROCESSUAL

A decisão judicial, encarada como ato-fato, é considerada um próprio fato, tendo em vista que a vontade em praticá-la é desconsiderada pela ordem jurídica.

48 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 199. No sentido de que haveria atos jurídicos mistos: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199.

Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira[49]:

> A decisão judicial, nesse caso, é tratada como se fosse um fato, cujos efeitos independem da vontade, e não um ato voluntário, cujos efeitos jurídicos são determinados pela vontade de quem os pratica. É , pois, encarada como um ato-fato: ato humano tratado pelo direito como se fosse um fato.

Há, de certo modo, uma vantagem em visualizar a decisão judicial dessa forma.

Como identificada por Nogueira[50], a decisão estaria apta a produzir imediatamente seus efeitos, já que o ato-fato adentra ao plano da eficácia concomitante ao da existência.

Em consequência, haveria um reforço à eficácia dos precedentes.

Ora, considerando a sentença como um fato jurídico processual misto – tanto ato-fato, como ato jurídico –, a parte em que é vista como ato-fato não seria alvo do plano da validade.

Nessa linha, o precedente deve ser encarado como ato-fato, "pois irradia efeitos sobre o modo de julgar de casos futuros independentemente de manifestação nesse sentido do órgão prolator da decisão."[51]

A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO JURÍDICO LATO SENSU

Ainda é possível identificar a decisão judicial como ato jurídico *stricto sensu* processual e negócio jurídico processual.

---

49 DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, p. 368. v. 2.

50 NOGUEIRA, Pedro Henrique P. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 199. No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico:** plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 201.

51 ÁVILA, Raniel Fernandes**. A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do estado democrático constitucional brasileiro.** Dissertação (mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2017. p. 208.

No primeiro caso, a vontade do juiz em praticar o ato – decisão – é relevante ao direito, no entanto, a categoria jurídica e os efeitos do ato já são pré-definidos na lei.

Alerta Mello[52] que no "processo civil, por exemplo, o ato processual pode ter a natureza de ato jurídico *stricto sensu*, negocial, misto, apenas de prestação de dever, ou de ato integrativo de negócio jurídicos de direito privado.

Mais adiante, o próprio autor reconhece que "o juiz quando recebe a inicial e ordena a citação do réu, pratica ato processual classificável como ato jurídico *stricto sensu*"[53].

Mas não é só. Ademais, uma grande parte dos atos decisórios são classificados assim: o indeferimento da petição inicial, a improcedência do pedido, a decisão que determina a emenda da petição inicial.

Repita-se que algumas decisões judiciais trazem em seu conteúdo tanto um ato-fato processual como um ato jurídico processual. Por essa razão, por exemplo, na decisão que não reconhece a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal tanto pratica um ato jurídico processual – não conhecimento do recurso –, como um ato-fato processual – decisão que gera o efeito de precedente.

Por fim, há quem defenda que as decisões judiciais também possam se apresentar como verdadeiros negócios jurídicos processuais.

Para tanto, parte-se da ideia de que o magistrado, em certas situações, tem algum poder de autorregramento da vontade.

Concluindo no mesmo sentido, Nogueira[54] expõe que "certas normas atribuem ao juiz o poder de escolha de situações jurídicas processuais que vincularão, no procedimento, as partes e até mesmo o próprio órgão jurisdicional".

É o caso da decisão que fixa o prazo de resposta na ação rescisória, que pode ser de 15 a 30 dias (art. 950, CPC/15); da decisão monocrática

52 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159-160.

53 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 2013. p.160.

54 NOGUEIRA, Pedro Henrique P. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 210.

que não conhece de recurso inadmissível (art. 932, III, CPC/15), pois ao relator haveria a opção de levar o caso à julgamento do colegiado; da decisão que fixa ordem de produção de provas.

Nogueira[55] ainda esclarece que a decisão judicial que estabelece determinações inexas é um exemplo de negócio processual. Ele cita a decisão que defere a tutela de urgência condicionada à emenda da inicial para corrigir o valor da causa.

E o autor ainda vai além. Segundo ele[56], "a partir da cláusula geral de atipicidade dos meios executórios, parece ser possível visualizar, com maior nitidez, a existência de negócios jurídicos processuais judiciais".

CONCLUSÃO

A teoria do fato jurídico idealizada por Pontes de Miranda, com o notável desenvolvimento realizado por Marcos Bernardes de Mello, constitui um eficiente instrumento para o fim de melhor aplicar e entender o direito.

Afinal, a partir do momento em que se propõe reascender uma lógica para a ordem jurídica, a doutrina tenta trazer ao intérprete do direito novas ferramentas de estudo.

Entender o fato jurídico como um conceito lógico-jurídico integrante da teoria geral do direito, é permitir que possa ser encontrado e aplicado em ramos do direito distintos, como, no caso em estudo, do direito processual.

Nessa perspectiva, percebe-se concretamente a viabilidade de uma teoria do fato jurídico processual, de modo a facilitar o entendimento dos inúmeros institutos jurídicos integrantes desse ramo.

55 NOGUEIRA, Pedro Henrique P. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 214.

56 NOGUEIRA, Pedro Henrique P. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 221.

A decisão judicial, por sua vez, cada vez mais precisa ser desenvolvida no âmbito da academia, sobretudo quando se está diante de um sistema processual que pretende valorizar os precedentes.

É o caso do seu enquadramento dentro da teoria do fato jurídico processual, oportunidade em que se pode identificar diferentes visões sobre sua natureza jurídica.

Independente das concepções, ou seja, se é um ato-fato jurídico processual, um ato jurídico *stricto sensu* processual ou um negócio jurídico processual, a decisão judicial vista como um fato processual representa mais uma contribuição para sua melhor aplicação e estudo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ÁVILA, Raniel Fernandes**. A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do estado democrático constitucional brasileiro.** Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2017.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**, v. 148. p. 293-320, 2007.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Campinas: Red Livros, 1999.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: editora Juspodivm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FALZEA. Angelo. Fatto giuridico. **Enciclopedia del Diritto.** Millano: Giuffrè, 1967.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 201.

MITIDIERO, Daniel Francisco**. Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais:** análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 64 e 65.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: bens e fato jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** introdução, pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SANTORO-PASSARELLI, F. **Teoria geral do direito civil.** Coimbra: Atlântica, 1967.

26. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA, SOCIEDADE E *FAKE NEWS:* PERSPECTIVAS ECONÔMICAS E COMPORTAMENTAIS SOBRE A DESINFORMAÇÃO À LUZ DO DIREITO

Andrey Bruno Cavalcante Vieira

INTRODUÇÃO

O recentíssimo fenômeno da digitalização impôs ao jornalismo a necessidade (econômica e social) de adequar-se ao ambiente digital, sendo um espaço que tem como característica inerente a expiração da notícia com maior velocidade, diante da facilidade de acesso.

Uma pesquisa do *Pew Research Center* afirmou que 84% dos entrevistados preferem não pagar por acesso à informação, e desses, (a) 61% afirmam que os preços são inacessíveis e (b) 49% que podem conseguir notícias de graça[1].

A história do Brasil traz consigo diversas oportunidades em que notícias falsas foram difundidas: O sal de quinino como cura da Gripe Espanhola em 1918, o Plano Cohen associado aos comunistas (que contribuiu para o golpe do Estado Novo) em 1937, a narrativa de que Jango pretendia criar um Estado comunista (que contribuiu com pedidos de intervenção militar pela sociedade civil) de 1962 a 1964, ou a recente indicação de medicamento usado contra malária para "tratamento precoce" da Covid-19 (cloroquina) de 2020 a 2021.

Desse modo, pode-se dizer que notícias falsas não são "veredas estreitas e desviantes do percurso natural" na construção histórica do mundo, mas sim "elementos estruturantes que pavimentaram a avenida central que a humanidade percorreu até o momento de

1 PEW RESEARCH CENTER. **For local news americans embrace digital but want strong community connection**. 2019. Disponível em: https://www.journalism.org/wp-content/uploads/sites/8/2019/03/PJ_2019.03.26_Local-News_FINAL.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024.

hoje"[2]. Na verdade, é ponto comum, através da observação dos exemplos anteriormente trazidos, que o maior elemento basilar de contribuição para a desinformação no mundo foi (e é) a comunicação interpessoal.

As ambivalências da sociedade da informação[3] balizam a desinformação como uma carga em sua decorrência, uma vez que seriam o mesmo fenômeno, apenas com sinais inversos, mesmo que nem sempre tenha sido evidenciada no escopo social. Todavia, o fenômeno se torna singular nos anos mais recentes em função da *internet* (com sua celeridade e diversidade de fontes) gerar um comportamento imediatista nos usuários, em que, por vezes, abre-se mão de comparar fontes e ter o conteúdo completo em função de uma informação mais rápida ou remetida por terceiros.

Aqui, valoriza-se uma "economia cognitiva" ou "redução de raciocínio", em que a decisão do algoritmo nas informações fornecidas ultrapassa a premissa de checagem do conteúdo que se lê, numa relação de confiança infundada com o que lhe é oferecido, contribuindo para a propagação de *disinformation* e *misinformation*.

A comunicação política hodierna é intimamente conectada a "era das mídias sociais", que mudaram a forma como a população consome e tira suas próprias conclusões[4]. Assim, a natureza heterogênea de possibilidades de lesões a serem geradas pela desinformação explicam a razão da dificuldade do jornalismo em tentar igualar o alcance das *fake news*.

2 GROSSI, Angela Maria *et al.* Eleições e jornalismo político: as barreiras para os jornalistas em tempos de desinformação. *In:* CABRAL, Eula Dantas Taveira (Org). **Marcas do bicentenário da Independência do Brasil**: Cultura, Informação e Comunicação. Divinópolis/MG: Meus Ritmos Editora, 2022.

3 DEMO, P. **Ambivalências da sociedade da informação**. 2000. Disponível em: https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/885. Acesso em: 27 fev.2024.

4 ENLI, G. ***Twitter as arena for the authentic outsider:*** *exploring the social media campaigns of Trump and Clinton in the 2016 US presidential election*. Ano. Disponível em: https://asset-pdf.scinapse.io/prod/2611885487/2611885487.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

Assim, sob o ponto de vista da sociedade de risco[5], dos eventos de disseminação de *fake news* em larga escala e da função informacional do jornalismo, o presente estudo buscará analisar a ideia hodierna (e nefasta) de que "apenas o que eu acredito é a verdade", sob o ponto de vista da economia comportamental.

A INFORMAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

Como bem sintetizado, "a informação, como o alimento, é um bem. Do mesmo modo que a carência de alimento provoca a fome, a carência da informação provoca a ausência do conhecimento"[6].

Hodiernamente, costuma-se chamar de "era da informação" o presente período pós-industrial, no qual a informação passou a ter papel central como novo padrão de acumulação. Como já dizia Thomas Stewart:

> O conhecimento tornou-se o principal ingrediente do que produzimos, fazemos, compramos e vendemos. Resultado: administrá-lo – encontrar e estimular o capital intelectual, armazená-lo, vendê-lo e compartilhá-lo – tornou-se a tarefa econômica mais importante dos indivíduos, das empresas, dos países. [...] O capital intelectual constitui a matéria intelectual – conhecimento, informação propriedade intelectual, experiência – que pode ser utilizada para gerar riqueza[7].

5 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

6 KOBASHI, Nair Yumiko; TÁLAMO, Maria de Fátima Gonçalves Moreira. **Informação**: fenômeno e objeto de estudo da sociedade contemporânea. Campinas: Transinformação, 2003.

7 STEWART, Thomas A. **Capital intelectual**: A nova vantagem competitiva das empresas. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

A era ou a sociedade da informação é a recente ordem social, em que as relações humanas e de poder se baseiam no acúmulo, troca, processamento, armazenamento e recuperação de informações. Nela, "indivíduos beneficiados pela possibilidade de maior acesso a essas informações possuem maior perspectiva de ascensão social"[8].

Na contramão, investidores de publicidade desejam o maior número possível de acessos em um *site* para visualização de seu anúncio. Consequentemente, portais passaram a balizar seu conteúdo focado em atrair cliques e atingir as cotas de tráfego, para impressionar os anunciantes e gerar receita, e esse ciclo se dá geralmente mediante a "redução da qualidade" jornalística e aumento de meios sensacionalistas (*clickbaits*)[9]. Cita Lilian Cristina Monteiro França:

> a questão da qualidade surge como ponto de sustentação da implantação do *paywall*, pois o fator chave para o sucesso, ainda que momentâneo, da cobrança pelo acesso aos conteúdos digitais, tem sido a motivação do assinante através da oferta de conteúdo de qualidade com exclusividade[10].

8 A Constituição Federal, ao tratar sobre a informação, menciona em seu art. 5º, XXXIII: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". No mesmo ritmo, dispõe a lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011): Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação (...): I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; (...) Art. 5º É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão".

9 Center for Media Engagement. The Ethics of News Paywalls. ***Case study****: Should we pay for news in our digital democracy?* Ano. Disponível em: https://mediaengagement.org/research/the-ethics-of-news-paywalls/. Acesso em: 12 out. 2023.

10 FRANÇA, Lilian Cristina Monteiro. "Conteúdo Premium", monetização e qualidade no jornalismo: o caso do The New York Times. *In:* GUERRA, Josenildo Luiz; ROTHBERG, Danilo; MARTINS, Gerson Luiz. **Crítica do Jornalismo no Brasil**. 2016. Disponível em:

É de bom tom frisar que o IBGE já mostrou que 1 em cada 4 brasileiros não possuem acesso à internet no Brasil, ou seja, cerca de 46 milhões de brasileiros (25,3% da população), segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação[11], sendo que a renda *per capta* nas casas com acesso à internet é quase o dobro em comparação às casas sem acesso.

A prevaricação da linguagem e a manipulação semântica contribuíram para que se confundam as esferas referentes ao valor e ao desvalor no processo da informação. Sobre os efeitos da marginalização digital e informacional, cita Manuel Castells:

> Numa economia global, e numa sociedade de rede em que a maioria das coisas que importam depende dessas redes baseadas na Internet, ser excluído é ser condenado à marginalidade — ou forçado a encontrar um princípio alternativo de centralidade. [...] essa exclusão pode se produzir por diferentes mecanismos: falta de infraestrutura tecnológica; obstáculos econômicos ou institucionais ao acesso às redes; capacidade educacional e cultural limitada para usar a Internet de maneira autônoma; desvantagem na produção do conteúdo comunicado através das redes. Os efeitos cumulativos desses mecanismos de exclusão separam as pessoas por todo o planeta; não mais ao longo da divisão Norte/Sul, mas dividindo aquelas conectadas às redes globais geradoras de valor [...] e aquelas excluídas dessas redes[12].

---

https://www.researchgate.net/profile/Livia-Vieira5/publication/332409465_Por_uma_politica_de_correcao_de_erros_no_jornalismo_on-line_brasileiro/ . Acesso em: 19 out. 2023.

11 AGÊNCIA BRASIL. **Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa**. 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet. Acesso em: 12 out. 2023.

12 CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet**: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. São Paulo: Zahar, 2003.

Assim, como direito humano, a liberdade de informação é irrenunciável nas sociedades democráticas, ao passo em que permite a conscientização da opinião pública em relação ao próprio mundo e, ainda, faz com que o indivíduo se esclareça criticamente.

Atualmente, a informação não pode ser mais vista apenas como objeto, mas também (e principalmente) como fonte de poder e moeda de troca. Para dimensionar a questão, vejamos:

> A informação se tornou uma moeda de troca nas interações sociais e comerciais na sociedade da informação [...]. Conjugadas, a evolução da internet e da sociedade provocaram uma profunda e inquestionável transformação na dimensão política de nossas vidas. O poder é exercido para produzir e difundir conteúdos de informação, sob o controle de interesses específicos, mostrando que a internet não é um instrumento de liberdade[13].

Embora permeado pelas permissões econômicas decorrentes da implementação da monetização, é mister se abordar a economia da informação – própria à sociedade capitalista contemporânea – que atribui ao conhecimento natureza de substância íntima das relações de poder. Desse modo, pode-se dizer que a difusão da informação no meio digital não significou democratização de acesso, posto que boa parte dele se dá via tecnologias inacessíveis a indivíduos em vulnerabilidade[14].

---

13 MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Quando a lei geral de proteção de dados não se aplica?. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 423-456.

14 "As ideias e os pensamentos deixaram de conviver em um espaço democrático para serem pressionados pelo ambiente agressivo do ciberespaço, o qual passou a se intrometer nas preferências de uma sociedade marcada por um novo poder econômico: a informação. Esta se tornou um mecanismo fundamental de confrontação para a instituição de novos comporta mentos relacionados à massificação social. Essa transfiguração do cenário político, o qual se virtualizou com a utilização das redes sociais, promoveu, de um lado, a percepção de que a passividade das reflexões

> Na fronteira das pesquisas interdisciplinares até comunicação digital, sobretudo das que conjugam psicologia e tecnologia digital, já se cogita o emprego da chamada *emphati-media* para propagar mensagens "empaticamente otimizadas". Hoje, a captação de sentimentos, emoções e intenções dos usuários das redes já ocorre para utilização com finalidades comerciais. Tais tecnologias, apoiadas na inteligência artificial são aptas a permitir a entrega de estímulos políticos personalizados, considerando não apenas as preferências do cidadão, mas também seu estado de espírito[15].

Em outras palavras, o novo sistema "tecnoeconômico" promove desenvolvimento desigual, de forma que faz crescer ao mesmo tempo a riqueza e a pobreza, com efeitos espalhados mundialmente, e em sendo a *internet* o centro do novo modelo social, trata-se da "expressão mais dramática da divisão digital"[16].

Manter-se inerte aos seus encadeamentos sociais seria se afastar da real complexidade do assunto e tornar diminuto o papel do acesso à informação no encolhimento das desigualdades, de forma que se deve ter em mente "o objetivo principal do jornalismo: educar e informar o público sobre questões importantes"[17].

---

recebeu um direcionamento ativo, capaz de construir novos mundos, e, de outro, a perspicácia de que a arena política descentralizada estava majoritariamente nas mãos dos controladores das grandes plataformas digitais. Formou-se, assim, o cenário para que a atmosfera mediática se municiasse de discursos heterogêneos, mas sendo apresentados de maneira homogênea, a depender de qual parcela social certos cidadãos se enquadravam". MENEZES, Paulo Brasil. ***Fake News***: Modernidade, Metodologia, Regulação e Responsabilização. São Paulo: Juspodivm, 2022.

15 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

16 CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet**: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. São Paulo: Zahar, 2003.

17 Quartz. ***Three reasons why journalism paywalls still don't work***. Disponível em: https://qz.com/1173033/the-psychology-behind-why-journalism-paywalls-still-dont-work/. Acesso em: 12 out. 2023.

Hoje, a informação passou a ser fator social principal e poderosa moeda de troca. Nesse ritmo, a competitividade capitalista (que só cresce) permite que indivíduos com informações de qualidade tenham vantagens em relação aos demais, ao passo em que indivíduos vulneráveis têm de forma atrasada o acesso e compreensão às informações, limitando os espaços e as possibilidades de ascensão social[18].

JORNALISMO DE SERVIÇO E A DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES

O papel social da atividade jornalística expressa relevante contribuição de combate e prevenção às *fake news*, especialmente no tocante ao gênero conhecido como jornalismo de serviço – caracterizado pelo espalhamento de informações práticas e úteis ao público, com o fulcro de estimular sua ação ou reação[19].

O jornalismo de serviço progrediu como gênero independente, com aplicação diretamente conectada ao capitalismo e à sociedade de consumo[20], e sua natureza iminentemente orientativa objetiva proporcionar uma informação útil e utilizável[21]. Trata-se de atividade associada à noção de responsabilidade social[22], que não apenas informa "sobre", mas também "para".

---

18 MORAES, Mariana Marcela de Fátima; ALMEIDA, Cristóvão Domingos de. **A monetarização da informação através do paywall na reafirmação das posições sociais**. 2020. Disponível em: < https://periodicos.utfpr.edu.br/de/article/view/14446. Acesso em: 11 out. 2023.

19 DIEZHANDINO, María Pilar. ***El "Periodismo de Servicio"**: La Utilidad En El Discurso Periodístico*. 1993. Disponível em: http://www.raco.cat/index.php/analisi/article/viewFile/41192/89145. Acesso em: 20 jan. 2024.

20 VAZ, Tyciane C. V. **Jornalismo de Serviço**: as espécies utilitárias como gênero na mídia brasileira. 2008. Disponível em: http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2008/resumos/R3-0482-1.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

21 VAZ, Tyciane C. V. **Gênero utilitário na internet**: o jornalismo de serviço praticado no Brasil e Portugal. 2011. Disponível em: http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2011/resumos/R6-1652-1.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

22 SANTANA, Mayara J. S.; TEMER, Ana C. R. P. Jornalismo de serviço: um aporte teórico em construção. **Comun. & Inf., Goiânia,** v. 18, n. 1, p. 208-225, 2015.

> Ao contrário do conceito ortodoxo de jornalismo como serviço, o chamado jornalismo de serviço, em vez do "cidadão", serve ao "indivíduo". É mais personalista do que social. Pode-se dizer, mais do que público, privado. A utilidade interessa à vida pessoal, mais do que à social, embora seja evidente que uma se reverte na outra[23] (tradução livre).

Tyciane Vaz[24] classifica o jornalismo de serviço em duas espécies: a) Informações práticas, que são repetitivas, mas conectadas por um gancho temporal comum (meteorologia, trânsito, programação televisiva, entre outros); b) Informações conselheiras, que visam orientar o público, para provocar uma ação.

Nesse sentido, o século XXI incorporou a ideia de serviço ao jornalismo, especialmente direcionado ao conceito de serviço público. Luís Martins da Silva chama de "pós-jornalismo" tal movimento, destacando que haveria um distanciamento em relação ao conceito de que apenas fornecer informações seria propriamente um "serviço", uma vez que passa a analisar as notícias como possuidoras de consequências sociais, num cenário ético-discursivo correlacionado à democracia:

> A correlação entre imprensa livre e democracia não deixou de existir, mas, o próprio jornalismo passou a cobrar de si mais do que um valor cívico e político, passou a querer incorporar algo mais aos fatos, e que não é nem a ficcionalização dos mesmos e nem o acréscimo de opinião aos mesmos. Esse algo mais se traduz em serviço. Já não basta ao jornalismo se contentar com a oferta de acontecimentos

23 DIEZHANDINO, María Pilar. ***El "Periodismo de Servicio"**: La Utilidad En El Discurso Periodístico*. 1993. Disponível em: http://www.raco.cat/index.php/analisi/article/viewFile/41192/89145. Acesso em: 20 jan. 2024.

24 VAZ, Tyciane C. V. **Jornalismo utilitário na TV**: análise da produção do gênero no programa Bem-Estar da Rede Globo. 2012. Disponível em: http://www.intercom.org.br/sis/2012/resumos/R7-1286-1.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

> transformados em notas, notícias e reportagens. Já não são suficientes os fatos narrados em sua natureza jornalística primordial, a natureza acrescida de valor, o valor-notícia (*news value*). Nesse novo paradigma, é preciso ir além dos fatos, é preciso recobri-los de contexto, de utilidade pública, transformando-se a função noticiosa numa espécie de serviço público[25].

Desse modo, como mencionado no tópico anterior, a junção da ideia de serviço ao jornalismo proporciona à notícia a natureza de relevante insumo ao exercício da cidadania, e não mais vinculada apenas ao fator comercial.

Bom exemplo se deu durante a pandemia de Covid-19, em que o jornal *Folha de São Paulo* anunciou[26] a suspensão da barreira de cobrança para acesso (*Paywall*, ou "muro de pagamento") em matérias relacionadas à doença. Alguns outros jornais de grande expressão nacional também seguiram esse caminho[27].

Para o presente trabalho, o mais interessante sobre o exemplo em questão é que o jornal indicou que a medida seria um "serviço de utilidade pública", de forma que permitiria o acesso a "textos com serviços relevantes" que esclarecessem dúvidas frequentes ou contivessem "informações essenciais para o brasileiro lidar com a doença, como saber quais são seus sintomas", além de enquadrar o "jornalismo profissional" como o "antídoto contra as *fake news*" e destacar o jornalismo "tradicional" como "fonte de informações confiáveis". Como bem destacou Lais Lane Santos Carregosa, o jornal aproveitou a oportunidade para "se autolegitimar como reduto da

25 SILVA, Luís Martins da. Jornalismo e Pós-jornalismo, trabalho e sobretrabalho. **Esferas - Revistas Interprogramas de Pós-Graduação em Comunicação do Centro-Oeste**, n. 1, p. 11-17, 2013.

26 É possível visualizar o anúncio na plataforma "X", anteriormente conhecida como "Twitter". Disponível em: https://twitter.com/folha/status/1239213973775540226.

27 Pelo menos 15 veículos brasileiros derrubaram seus *paywalls* em notícias sobre o coronavírus: A Gazeta (ES), Correio (BA), Folha de S. Paulo (SP), GaúchaZH (RS), Gazeta do Povo (PR), Jornal do Comércio (RS), Nexo Jornal, NSC Total (SC), O Correio do Povo (RS), O Estado de S. Paulo (SP), O Globo (RJ), O Popular (GO), O Povo (CE), revistas Exame e Veja.

verdade em tempos de desinformação, lugar ao qual os leitores podem recorrer para se guiar durante a pandemia"[28]. Também nesse sentido, destaca-se que o:

> pretexto para essa abertura normalmente é ético e justificado por uma perspectiva de solidariedade, mas a dimensão econômica se torna evidente, na medida em que o confinamento massivo das classes médias produziu uma maior demanda por conteúdos de entretenimento, estabelecendo um novo patamar de concorrência entre as empresas e a consequente adoção de estratégias de visibilidade[29].

Assim, fica o questionamento acerca de quais são os critérios utilizados para tomar a decisão de incluir ou não o muro de pagamento, posto que "não é somente o fluxo de navegação do usuário que determina a partir de que momento ele vai ser cobrado, mas também há uma decisão editorial do que o não pagante pode ou não ler"[30].

---

28 CARREGOSA, Lais Lane Santos. "**O que você precisa saber?**" Uma análise sobre a aplicação de *paywall* poroso durante a pandemia de Covid-19. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Comunicação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Escola da Comunicação, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/16576/1/LCarregosa.pdf. Acesso em: 01 fev. 2023.

29 CASTRO, F. F. Impactos da Covid-19 sobre os processos comunicacionais: primeiras observações sobre dinâmicas, impasses e riscos. **Papers do NAEA**, v. 29, n. 1, p. 86-101, 2020.

30 "Frequentemente *hard news* têm sido consideradas como critério para cobrança, bem como notícias de forte interesse local e de impacto mais duradouro, que reverberam ou importam por maior tempo. Notícias consideradas efêmeras, como relacionadas ao trânsito ou aos resultados esportivos, costumam ser menos valiosas e entregues sem *paywall*. Outro aspecto citado é a valorização de conteúdo produzido pela redação e com maior esforço de apuração, em detrimento de conteúdo de agência. Artigos de opinião também são bem cotados para o *paywall*". MOTA, Alexandro. **O discurso metajornalístico como regulador do modelo *paywall* na pandemia**. 2021. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/68411525/Cap_livro_Covid19-libre.pdf?1627688954=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DO_discurso_metajornalistico_como_regulad.pdf&Expires=1706625552&Signature=bbvvDpiij-ky49PrhzuC~jkpP8EzhJ~XkEpKtIPDLfZjmxk5hAziWVz3VhYnG~VxMh4QvbW28ael~Qf8Q7FNgRwJB24WRNZZGiAPDsubWJFqaDIPNU5nc1vBg8NaUK0ngJeIxKLb7257pKAaY3wypp~bc7GYh9qr5I1wKXuXMoNCfWYDLS4dkR3pF-g9Cka5gmWoA6fZYPuZyP8TcH30jddKdNLytRdXyH3WJOqog713KMcq1zcfDrHCcurwxofRQPXaZAvkC9eJR6yS

A lógica para caminhar em direção ao controle do assunto se aproxima do paradoxo da intolerância, de Karl Popper, em sua obra *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Aqui, mesmo tendo a democracia como um regime que protege as liberdades de associação e de expressão, sem distinções ou privilégios, haveriam limites na tolerância, como barreiras até onde a liberdade pode ser vista como democrática:

> a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até àqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância[31].

Nesse giro, o combate à intolerância deve ser no sentido de argumentar racionalmente contra, para que não ganhem voz na sociedade. Todavia, interesses diversos se beneficiam com crescimento das *fake news*. O modelo virtual é fator primordial para a propagação das notícias falsas – onde o que rege quais informações devem ser mostradas aos usuários é o engajamento, ou seja, a interação dos usuários nas postagens, sendo ampliado seu alcance a medida em que chega a níveis mais elevados – e, assim, ameaça a própria democracia, com um debate público pautado muitas vezes por interesses das empresas de tecnologia (*Google, Facebook, WhatsApp, X*, entre outras), desgastando a comunicação política.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO

Como direito fundamental, a liberdade de informação se caracteriza sob duas vertentes: a procedimentalização e a materialização.

---

ivm0FCOvIinzHvUWALBkZ6aB6QhpXinOEYDfRQWAqvz59bmbxTYgLq5eQ5W59lsSHTh00Q__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 01 fev. 2023.

31 POPPER, K. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

> A procedimentalização da liberdade de informação diz respeito à capacidade que a informação tem de se espalhar na arena pública, levando as impressões dos cidadãos e divulgando as ideias edificadas com o direito à liberdade de expressão. É um ato de proporcionar um conteúdo para os espaços discursivos, independentemente dos significados de tais manifestações. A materialização da liberdade de informação, por sua vez, pressupõe uma atividade de circulação mais específica e concentrada. Não se resume somente à possibilidade teórica de divulgar as manifestações sociais, mas, sim, exerce o compromisso de fazê-las conhecidas ao público correlacionado a elas. Isso significa que é um meio para externalizar as concepções de acordo com os canais receptores adequados de acordo com o seu conteúdo[32].

Nessa toada, o direito à informação se dá num movimento ativo (liberdade de informar) e passivo (liberdade de ser informado). Na perspectiva ativa, a liberdade de informar é usada (erroneamente) como argumento justificante para que uma notícia falsa seja indicada como de regular veiculação.

A liberdade de ser informado, embora dependa da ação inicial (direito de informar), é diretamente atingida pelo âmago falso da informação, fazendo com que o receptor da mensagem atue influenciado pelos agentes comunicativos, podendo (a) espalhar a informação, viralizando-a sem checagem, (b) obstar a disseminação, não replicando-a, ou (c) cadenciar a disseminação da informação, ao ler o conteúdo repassar somente após verificação de veracidade.

Por isso, o direito de ser informado fecha o ciclo da liberdade de informação e promove a qualificação democrática da sociedade. Assim, somente em conjunto (liberdade de informar e liberdade de ser informado) a informação transita no espaço público de maneira

32 MENEZES, Paulo Brasil. **Fake News**: Modernidade, Metodologia, Regulação e Responsabilização. São Paulo: Juspodivm, 2022.

constitucional, pois permeia o parâmetro fiscalizatório e os limites da boa informação no Estado democrático de direito, sendo que "a exteriorização do pensamento deve abundar (...) e atingir o máximo possível de indivíduos"[33].

Nessa toada, conforme explica Antonio Enrique Perez Luño, a informação deve receber o compromisso dos poderes públicos de efetivação em sua igualdade material:

> Os novos direitos humanos estão unidos entre si por sua incidência universal na vida de todos os homens e exigem para sua realização a comunidade de esforços e responsabilidade em escala planetária. Apenas diante do espírito solidário de sinergia, isto é, de cooperação e sacrifício voluntário e altruísta dos interesses egoístas, será possível satisfazer plenamente as necessidades e aspirações globais comuns relativas à paz, à qualidade de vida ou à liberdade de informação. Em todo caso, entendo que o conceito atual de solidariedade integra duas dimensões mutuamente condicionantes: a) a ético-política, entendida como atitude que tende a compartilhar e a se identificar com as inquietações ou necessidades alheias; e b) a jurídica, que pressupõe um compromisso dos poderes públicos para tornar efetiva a igualdade material[34].

As *fake news* podem facilmente adaptar conteúdos informativos, distribuir notícias subliminares e nutrir a chamada "economia da atenção", uma vez que ainda são pequenas as consequências reais para a quem as propaga.

33 Idem.

34 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Diretos humanos, Estado de direito e Constituição**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

> Em tempos de conquistas de poder e de espaço estratégico, o uso da tecnologia de informação pode ser um vetor de involução do processo democrático. Grandes grupos econômicos, cada vez mais concorrentes entre si e ao mesmo tempo entrelaçado com a gestão pública, assim como a própria sociedade moderna, podem estar se utilizando de fake news para veicular eventuais notícias despreocupadas com o compromisso constitucional, trazendo desordem para o ambiente institucional e social das democracias globais. Com isso, os direitos fundamentais vão sofrendo mais restrição (...) o direito à informação é o indicativo central de que uma sociedade pode participar das decisões inerentes ao espaço comunicativo. À democracia deliberativa não sobrevive sem as liberdades de informar e de ser informado inerentes ao corpo social. Por isso, o direito à informação possui os dois estágios, formando um todo unitário, que merece ser praticado segundo o sentido constitucional. (...) pode-se entender a liberdade de informar como uma liberdade de primeiro grau, enquanto a liberdade de ser informado se amolda à liberdade de segundo grau. Isto porque todos que estão inseridos na democracia constitucional possui o direito fundamental às notícias lícitas e verdadeiras. A regra para a normalidade constitucional é ter a informação com precisão. (...) Enquanto as notícias dissimuladas repercutirem seus efeitos na sociedade, não se poderá falar no exercício regular do direito de ser informado. E se não há o direito de ser informado, apenas o direito de informar, a liberdade pública à informação não se processa de forma plena, completa, fragilizando a sua inerente fundamentalidade jurídica[35].

35 MENEZES, Paulo Brasil. **Fake News**: Modernidade, Metodologia, Regulação e Responsabilização. São Paulo: Juspodivm, 2022.

Desse modo, *fake news* vêm sendo usadas também como técnica de polarização, de modo a dificultar a atividade das autoridades públicas na concretização dos bens jurídicos fundamentais.

Ao mesmo tempo, não se pode ignorar que muitas pessoas se deixam levar pelas estratégias midiáticas difundidas pela *internet*. A velocidade da tecnologia permite que mentiras sejam repassadas em segundos. Aqui, destaca-se o papel do usuário na rede:

> O jornalista não tem assumido um papel exclusivo no trabalho de produção noticiosa. Grande parte da autonomia do profissional no processo de construção de notícias tem sido ampliado para o público que age constantemente como difusor de informações. Uma parte dos leitores impõe-se como os jornalistas que estão próximos das normas editoriais, discursivas e editoriais. Os atos de circulação apenas ocorrem com a participação ativa dos usuários de redes sociais on-line, ou seja, o público consumidor. As novas tecnologias reduziram os custos de produção e distribuição e, ao mesmo tempo, permitiram aos consumidores arquivar e comentar conteúdos, apropriar-se deles e colocá-los de volta em circulação por meio de compartilhamentos e hashtags. Esse processo fortalece a relação entre os produtores e receptores de mídia. De forma natural, os consumidores buscam interagir com outros usuários por meio do controle do fluxo midiático que as redes sociais on-line possibilitam[36].

A informação e a comunicação lidam diretamente com a história[37] e a memória. Assim, *fake news* vêm sendo usadas como

36 COLOMBO, Macri Elaine; VARELA, Ulysses do Nascimento; BIAZOTTI, Vinicius. **Jornalismo e internet**: evolução e perspectivas dos processos de circulação de notícias. 2023. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/lumina/article/view/39413. Acesso em: 02 fev. 2024.

37 Como citou Paul Veyne, "Os homens não encontram a verdade, a constroem, como constroem sua história". VEYNE, Paul. **Os Gregos acreditavam em seus mitos?** São

armas ideológicas, como ferramenta de controle informacional, cultural e comunicacional, sendo necessário compreender a *internet* e sua lógica comunicacional através de estratégias midiáticas[38].

FAKE NEWS SOB A ÓTICA DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

Algumas características próprias do fenômeno de espalhamento de uma notícia falsa contribuem diretamente para sua velocidade de alastramento virtual. No ponto, destaca-se o fato delas serem consumidas via compartilhamento em redes sociais, muitas vezes feito por familiares ou conhecidos[39].

Também se destaca a tendência de reafirmação de um viés ideológico do leitor, ativando fatores sociopsicológicos que propiciam uma aceitação natural e imediata, sem checagem de veracidade, apenas por corroborar convicções políticas que já possui[40].

Além disso, há ainda a estratégia da retirada de contexto (mesmo de fatos verídicos ou de títulos de matérias jornalísticas antigas) para contornar uma possível investigação mais à fundo do que é veiculado e manipular mais internautas, além do uso de linguagem simples (por vezes até coloquial) para abraçar o público com maior facilidade.

Paulo: Unesp, 2014.

38 CABRAL, Eula D.T. **Brasil:** um país midiático em transformação - a importância da cultura, da informação e da comunicação. 2022. Disponível em: https://www.meusritmoseditora.com.br/_files/ugd/58e20e_74155cb2739d4665b6bf6aa8d399e5f4.pdf. Acesso em: 02 fev. 2024.

39 Pinto, Sbicca e Casonato identificam como variáveis um perfil e seis condicionantes que facilitam e/ou impulsionam a transmissão de *fake news*: a) perfil de quem repassa a informação; b) plataforma em que o conteúdo está disponível; c) forma de acesso às *fake news*; d) intencionalidade de difundir de maneira potencializada a notícia falsa; e) ambiente cultural; f) polarização política. PINTO, M. F.; SBICCA, A.; CASONATO, L. **Uma análise do fenômeno '*fake news*' com base na Economia Comportamental**. 2021. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/eed/article/view/49203. Acesso em: 05 fev. 2024.

40 WARDLE, Claire. **Guia essencial da First Draft para entender a desordem informacional**. 2020. Disponível em: https://firstdraftnews.org/wpcontent/uploads/2020/07/Information_Disorder_Digital_AW_PTBR.pdf?x21167. Acesso em: 20 jan. 2024.

Por meio da análise econômica do Direito[41], passemos então a analisar o fenômeno em questão pela ótica econômica-comportamental, para verificar uma possível compreensão mais profunda do homem num cenário de recursos escassos[42].

Partindo dos conceitos de escassez e de maximização racional[43], é necessário traçar a ideia de eficiência de Kaldor-Hicks, em que:

> tem-se a ideia de compensação para se chegar ao bem-estar comum, em que em uma situação econômica que cause perdas a determinados agentes, possa ter a possibilidade de compensação para equilibrar tal perda, de modo que a eficiência será atingida quando os ganhos de um agente compensem as perdas de outro agente.[44]

41 "A análise econômica do Direito (*Law and Economics*) possui como características: i) rejeição da autonomia do Direito perante a realidade social e econômica; ii) utilização de métodos de outras áreas do conhecimento, tais com economia e filosofia; iii) crítica à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social". SILVEIRA, P. A. C. V. **Direito tributário e análise econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

42 "O direito parte de uma perspectiva mais objetiva, consistente na arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é ciência que estuda os mecanismos indutores ou não por trás do comportamento humano em um mundo de recursos escassos. E analisar o direito sob a perspectiva econômica é empregar instrumentos teóricos e empíricos econômicos e ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito, aperfeiçoando o desenvolvimento, a aplicação e a efetividade da norma jurídica". OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito fundamental. Revista da **Faculdade Mineira de Direito**, v. 21, n. 41, 2018.

43 Cita Salama sobre "escassez" que recursos são finitos, o que obriga uma correta alocação dos custos aos agentes, pois nem todos os desejos e objetivos poderão ser atendidos. Já sobre "maximização racional", que indivíduos sempre tomariam decisões e fariam escolhas no sentido de busca a satisfação pessoal, seja qual for o seu interesse, para atingir seu bem-estar com o menor custo possível. SALAMA, B. M. **O que é direito e economia?** Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. 2007. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf. Acesso em: 05 fev. 2024.

44 NETTO, A. B.; NASCIMENTO, H. C. P.; SOUSA, V. A. **A Análise Econômica do Direito na Administração Pública e o investimento nas Novas Tecnologias**. 2021. Disponível em: https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/68. Acesso em: 05 fev. 2024.

É preciso levar sempre em consideração que o fenômeno das *fake news* tem caráter eminentemente contextual, numa relação entre a infraestrutura, a plataformas e a cultura em que se anexam. O meio em que se difundem potencializa seu espalhamento justamente em razão de suas características próprias (recepção, forma, linguagem, entre outras)[45].

A tomada de decisão tem seu grau de complexidade aumentada por condicionantes psicológicos a que está sujeita[46]. Há quem diga[47] que a propensão a compartilhar notícias falsas cresce com a idade do receptor/usuário (ainda que não se saiba explicar o porquê de tal inclinação – se seria por possível grau inferior de destreza no uso de redes sociais ou por fatores humanos/biológicos de diminuição natural da experiência cognitiva). Outros[48] indicam que a inclinação para abraçar uma *fake news* proveniente de redes sociais não se relacionaria com grau de instrução formal do indivíduo, mas sim com a visão político-ideológica do leitor[49], e a crença ganha robustez com a ausência do costume de checagem das informações.

45 BOUNEGRU, L. *et al*. ***A Field Guide to 'Fake News' and Other Information Disorders***. Amsterdam: Public Data Lab, 2018.

46 KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*. **Econometrica,** v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.

47 GUESS, A.; NAGLER, J.; TUCKER, J. *Less than you think: Prevalence and predictors of fake news dissemination on Facebook*. Asian-Australasian **Journal of Animal Sciences**, v. 32, n. 2, p. 1–9, 2019.

48 SILVA, F. B. **O regime de verdade das redes sociais on-line**: pós-verdade e desinformação nas eleições presidenciais de 2018. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) - Escola de Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação, Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

49 "Essa relação entre a polarização e compartilhamento de notícias falsas pode ser explicada também por mecanismos de recompensa produzidos pelo cérebro ao ler uma notícia que agrada, garantindo uma sensação de satisfação próxima ao uso de drogas, contribuindo para a propagação de *fake news*". MARTINS, C. **Entrevista publicada na BBC News Brasil**. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45767478. Acesso em: 07 fev. 2024.

Daniel Kahneman[50] se apoiou na psicologia cognitiva, a partir dos estudos de Herbert Simon[51], para verificar decisões humanas e compreendê-las melhor empiricamente, surgindo assim a Economia Comportamental. Tal área se dedica a destrinchar comportamentos viesados, ou seja, diferentes do que pretendia o agente decisor ou do que esperava a teoria da maximização de utilidade, para destacar como influências endógenas (psicológicas e cognitivas) e exógenas (contexto em que a decisão é tomada) podem influenciar nas decisões.

Kahneman destaca a existência de um "sistema dual" (sistema 1 e sistema 2)[52], em que haveriam dois processos cognitivos distintos no pensamento humano. O sistema 1 trabalharia de forma rápida, automática e sem esforço, por vezes através da associação, e mais difícil de controlar e/ou modificar. Já o sistema 2 trabalharia de forma mais lentas, em série, exigindo mais esforço, e de modo controlado.

Assim, uma pessoa estaria inclinada a certos vieses quando atuasse de modo mais intuitivo, com resultado da operação do sistema 1, e isso se daria como estratégia em função de uma escassez de recursos mentais (racionalidade limitada). O sistema 1 ativaria o sistema 2 a partir da sua capacidade de reagir a uma informação, de forma a requisitar o esforço e atenção para um processamento mais detalhado.

Acontece que a maioria das decisões do ser humano são intuitivas, sendo o sistema 1 mais influente, de forma que "para facilitar a decisão, o indivíduo faz uso de procedimentos heurísticos que substituem um atributo necessário para a escolha por outro, conhecido ou mais fácil de se utilizar na decisão"[53].

---

50 KAHNEMAN, D. *Maps of bounded rationality: psychology for behavioral economics*. **American Economic Review**, v. 93, n. 5, p. 1449-1475, 2003.

51 SIMON, Herbert A. *Theories of decision-making in economics and behavioral science*. **The American Economic Review,** v. 49, n. 3, p. 253-283, 1959.

52 KAHNEMAN, D. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

53 KAHNEMAN, D.; FREDERICK, S. ***Representativeness revisited****: Attribute substitution in intuitive judgment. In:* GILOVICH, T.; GRIFFIN, D.; KAHNEMAN, D. Heuristics and biases. New York: Cambridge University Press, 2002. p. 49-81.

Ou seja, heuristicamente[54], uma pessoa que não tem todas as informações necessárias para uma decisão tende a se basear por outras informações que lhe sejam disponíveis imediatamente, por meio da memória associativa.

> Como visto, o fenômeno das fake news ganha relevância por tratar de notícias que são fácil e rapidamente críveis para uma parcela da população, mensagens que ganham ainda mais importância pelo dimensionamento ocasionado por sua velocidade de propagação. Logo, é possível afirmar que a influência das notícias falsas incide no pensamento automático das pessoas, seu Sistema 1, sem deliberação, porque convencem ou se propagam apesar da fragilidade ou inexistência de base informacional na mensagem[55].

Desse modo, destacam-se aqui: a) as "heurísticas de disponibilidade" e conclusões precipitadas, em que uma pessoa projeta uma probabilidade sem as informações suficientes, através de outras que possui e acredita serem próximas o suficiente para realizar essa substituição, negligenciando possibilidades alternativas e a qualidade das informações disponíveis; b) o efeito "representatividade", em que o indivíduo emprega algo que conhece e considera similar para avaliar algo que investiga; c) o efeito "halo"[56], em que a pessoa julga características desconhecidas de algo/alguém através do julgamento de outras características observáveis dele(a)/disso; d) as crenças,

54 Heurísticas são "atalhos mentais a que os indivíduos estão sujeitos ao interpretarem um fenômeno para o qual não possuem informações, tal que o avaliam com base em dados disponíveis que lhe sejam associados". PINTO, M. F.; SBICCA, A.; CASONATO, L. **Uma análise do fenômeno 'fake news' com base na Economia Comportamental**. 2021. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/eed/article/view/49203. Acesso em: 05 fev. 2024.

55 PINTO, M. F.; SBICCA, A.; CASONATO, L. **Uma análise do fenômeno 'fake news' com base na Economia Comportamental**. 2021. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/eed/article/view/49203. Acesso em: 05 fev. 2024.

56 Situação de exorbitância emocional, em que um elemento desconhecido é julgado por outro perceptível, mas sem relação entre si.

que podem levar o indivíduo a buscar na memória evidências que atestam algo, ao invés de aventar a possibilidade de erro em ideias preconcebidas, chamado também de "viés de confirmação"; e) as "super confianças", que robustecem as crenças, como tendências do indivíduo a acreditar em suas próprias ideias, inobstante a existência de evidências contrárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que a *cibercultura* promove alicerces libertários e pode ser usada como utensílio democrático, entretanto, também seguro se afirmar que a linguagem pode servir componentes de opressão e poder, e "mesmo em face da pluralidade de vozes, há discursos que tentam silenciar outras vozes e emudecer palavras alheias"[57].

Pessoas que não podem ou querem pagar pela informação são obrigadas a buscá-las em fontes alternativas, como redes sociais, *blogs*, fóruns e outros meios *online*, de modo a propiciar o acesso a informações não confiáveis e/ou falsas, ou seja, há evidente desigualdade no acesso à informação de qualidade.

Assim, com a exclusão de grupos vulneráveis, em adequação à lógica do capital obstativa ao acesso à informação por questões econômicas, é necessário promover políticas focadas no fornecimento e exposição de jornalismo respeitável aos indivíduos vulneráveis. Cidadãos sem acesso a informações de qualidade ficam mais expostos a dados falsamente relatados e conteúdo enganoso.[58]

Fake news sustentam credulidade por processos heurísticos, mediante repetição e estímulos de suposta disponibilidade, com levantamentos aptos a induzir o indivíduo a falsa adequação lógica, maquiando uma familiaridade de difícil diferenciação à verdade,

57 SALDANHA, Luís Cláudio Dallier. Schibbolets digitais: ambiguidade e poder nos discursos do ciberespaço. *In:* PUCCI, Bruno *et al.* **Atualidade da Teoria Crítica na era global**. São Paulo: Nankin Editorial, 2016. p. 219-234.

58 APA. ***Why we fall for fake news****: hijacked thinking or laziness?* 2020. Disponível em: https://www.apa.org/news/apa/2020/02/fake-news. Acesso em: 12 out. 2023.

em razão do conforto cognitivo que proporciona ao indivíduo, pela tendência de proteção às próprias ideias.

Não há como construir avanços democráticos e emancipatórios, mediante um constitucionalismo coeso, com a ideia de que propagar notícia falsa seria um exercício legítimo do direito à informação. Cidadãos sem notícias verdadeiras não concretizam o direito fundamental de ser informado.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa.** 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet. Acesso em: 12 out. 2023.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOUNEGRU, L. *et al.* ***A Field Guide to 'Fake News' and Other Information Disorders***. Amsterdam: Public Data Lab, 2018.

CABRAL, Eula D.T. **Brasil:** um país midiático em transformação - a importância da cultura, da informação e da comunicação. 2022. Disponível em: https://www.meusritmoseditora.com.br/_files/ugd/58e20e_74155cb2739d4665b6bf6aa8d399e5f4.pdf. Acesso em: 02 fev. 2024.

CARREGOSA, Lais Lane Santos. **"O que você precisa saber?"** Uma análise sobre a aplicação de paywall poroso durante a pandemia de covid-19. 2021. 2021. Disponível em: https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/16576/1/LCarregosa.pdf. Acesso em 01 fev. 2024.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet:** reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. São Paulo: Zahar, 2003.

CASTRO, F. F. Impactos da Covid-19 sobre os processos comunicacionais: primeiras observações sobre dinâmicas, impasses e riscos. **Papers do NAEA**, v. 29, n. 1, p. 86-101, 2020.

CENTER FOR MEDIA ENGAGEMENT. The Ethics of News Paywalls. *Case Study:* **Should we pay for news in our digital democracy?** Disponível em: https://mediaengagement.org/research/the-ethics-of-news-paywalls/. Acesso em: 12 out. 2023.

COLOMBO, Macri Elaine; VARELA, Ulysses do Nascimento; BIAZOTTI, Vinicius. **Jornalismo e internet**: evolução e perspectivas dos processos de circulação de notícias. 2023. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/lumina/article/view/39413. Acesso em: 02 fev.2024.

DEMO, P. **Ambivalências da sociedade da informação**. 2000. Disponível em: https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/885. Acesso em: 27 fev. 2024.

DIEZHANDINO, María Pilar. ***El "Periodismo de Servicio": La Utilidad En El Discurso Periodístico***. 1993. Disponível em: http://www.raco.cat/index.php/analisi/article/viewFile/41192/89145. Acesso em: 20 jan. 2024.

ENLI, G. ***Twitter as arena for the authentic outsider:*** *exploring the social media campaigns of Trump and Clinton in the 2016 US presidential election*. Disponível em: https://asset-pdf.scinapse.io/prod/2611885487/2611885487.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

FRANÇA, Lilian Cristina Monteiro. **"Conteúdo Premium", monetização e qualidade no jornalismo:** *o caso do The New York Times*. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Livia-Vieira5/publication/332409465_Por_uma_politica_de_correcao_de_erros_no_jornalismo_on-line_brasileiro/. Acesso em: 19 out. 2023.

GROSSI, Angela Maria *et al.* **Eleições e jornalismo político:** as barreiras para os jornalistas em tempos de desinformação. 2022. Disponível em: https://www.meusritmoseditora.com.br/_files/ugd/58e20e_74155cb2739d4665b6bf6aa8d399e5f4.pdf. Acesso em: 02 fev. 2024.

GUESS, A.; NAGLER, J.; TUCKER, J. *Less than you think: Prevalence and predictors of fake news dissemination on Facebook*. **Asian-Australasian Journal of Animal Sciences**, v. 32, n. 2, p. 1–9, 2019.

KAHNEMAN, D. *Maps of bounded rationality: psychology for behavioral economics*. ***American Economic Review,*** v. 93, n. 5, p. 1449-1475, 2003.

KAHNEMAN, D. **Rápido e devagar:** duas formas de pensar**.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, D.; FREDERICK, S. *Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment*. *In.:* GILOVICH, T.; GRIFFIN, D.; KAHNEMAN, D. **Heuristics and biases.** New York: Cambridge University Press, 2002. p. 00-00.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk.* ***Econometrica,*** v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.

KOBASHI, Nair Yumiko; TÁLAMO, Maria de Fátima Gonçalves Moreira. **Informação:** fenômeno e objeto de estudo da sociedade contemporânea. Campinas: Transinformação, 2003.

MARTINS, C. **Entrevista publicada na BBC News Brasil.** 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45767478. Acesso em: 07 fev. 2024.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Quando a lei geral de proteção de dados não se aplica? *In.:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 00-00.

MENEZES, Paulo Brasil. ***Fake News*****:** Modernidade, Metodologia, Regulação e Responsabilização. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MORAES, Mariana Marcela de Fátima; ALMEIDA, Cristóvão Domingos de. **A monetarização da informação através do paywall na reafirmação das posições sociais.** 2020. Disponível em: https://periodicos.utfpr.edu.br/de/article/view/14446. Acesso em: 11 out. 2023.

MOTA, Alexandro. **O discurso metajornalístico como regulador do modelo paywall na pandemia.** 2021. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/68411525/Cap_livro_Covid19-libre.pdf?1627688954=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DO_discurso_metajornalistico_como_regulad.pdf&Expires=1706625552&Signature=bbvvDpiij-ky49PrhzuC~jkpP8EzhJ~XkEpKtIPDLfZjmxk5hAziWVz3VhYnG~VxMh4QvbW28ael~Qf8Q7FNgRwJB24WRNZZGiAPDsubWJFqaDIPNU5nc1vBg8NaUK0ngJeIxKLb7257pKAaY3wypp~bc7GYh9qr5I1wKXuXMoNCfWYDLS4dkR3pF-g9Cka5gmWoA6fZYPuZyP8TcH30jddKdNLytRdXyH3WJOqog713KMcq1zcfDrHCcurwxofRQPXaZAvkC9eJR6ySivm0FCOvIinzHvUWALBkZ6aB6QhpXinOEYDfRQWAqvz59bmbxTYgLq5eQ5W59lsSHTh00Q__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 01 fev. 2024.

NETTO, A. B.; NASCIMENTO, H. C. P.; SOUSA, V. A. **A Análise Econômica do Direito na Administração Pública e o investimento nas Novas Tecnologias.** 2021. Disponível em: https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/68. Acesso em: 05 out. 2024.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito fundamental. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 21, n. 41, 2018.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Diretos humanos, Estado de direito e Constituição**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

PEW RESEARCH CENTER. ***For local news americans embrace digital but want strong community connection***. 2019. Disponível em: https://www.journalism.org/wp-content/uploads/sites/8/2019/03/PJ_2019.03.26_Local-News_FINAL.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024.

PINTO, M. F.; SBICCA, A.; CASONATO, L. **Uma análise do fenômeno *'fake news'* com base na Economia Comportamental.** 2021. Disponível

em: https://periodicos.ufsm.br/eed/article/view/49203. Acesso em: 05 fev. 2024.

POPPER, K. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

QUARTZ. ***Three reasons why journalism paywalls still don't work.*** 2018. Disponível em: https://qz.com/1173033/the-psychology-behind-why-journalism-paywalls-still-dont-work/. Acesso em: 12 out. 2023.

SALAMA, B. M. **O que é direito e economia?** Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. 2007. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf. Acesso em: 05 fev. 2024.

SALDANHA, Luís Cláudio Dallier. Schibbolets digitais: ambiguidade e poder nos discursos do ciberespaço. In: PUCCI, Bruno *et al*. **Atualidade da Teoria Crítica na era global**. São Paulo: Nankin Editorial, 2016. p. 219-234.

SANTANA, Mayara J. S.; TEMER, Ana C. R. P. Jornalismo de serviço: um aporte teórico em construção. **Comun. & Inf.,** v. 18, n. 1, p. 208-225, 2015.

SILVA, F. B. **O regime de verdade das redes sociais on-line**: pós-verdade e desinformação nas eleições presidenciais de 2018. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) - Escola de Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação, Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

SILVA, Luís Martins da. Jornalismo e Pós-jornalismo, trabalho e sobretrabalho. **Esferas - Revistas Interprogramas de Pós-Graduação em Comunicação do Centro-Oeste**, n. 1, p. 11-17, 2013.

SILVEIRA, P. A. C. V. **Direito tributário e análise econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SIMON, Herbert A. *Theories of decision-making in economics and behavioral science*. **The American Economic Review**, v. 49, n. 3, p. 253-283, 1959.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil:** valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

STEWART, Thomas **A. Capital intelectual**: A nova vantagem competitiva das empresas. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

VAZ, Tyciane C. V. **Gênero utilitário na internet**: o jornalismo de serviço praticado no Brasil e Portugal. 2011. Disponível em: http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2011/resumos/R6-1652-1.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

VAZ, Tyciane C. V. **Jornalismo de Serviço**: as espécies utilitárias como gênero na mídia brasileira. 2008. Disponível em: http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2008/resumos/R3-0482-1.pdf. Acesso em: 20 jan.2024.

VAZ, Tyciane C. V. **Jornalismo utilitário na TV:** análise da produção do gênero no programa Bem-Estar da Rede Globo. 2012. Disponível em: http://www.intercom.org.br/sis/2012/resumos/R7-1286-1.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

VEYNE, Paul. **Os Gregos acreditavam em seus mitos?** São Paulo: Unesp, 2014.

WARDLE, Claire. **Guia essencial da *First Draft* para entender a desordem informacional.** 2020. Disponível em: https://firstdraftnews.org/wpcontent/uploads/2020/07/Information_Disorder_Digital_AW_PTBR.pdf?x21167. Acesso em: 20 jan. 2024.

27. BREVES REFLEXÕES SOBRE A OFICIALIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO CIVIL: QUAL É O COMPROMISSO LEGAL COM A VERDADE, E QUAL VERDADE?

Vitor Henrique Melo de Albuquerque

INTRODUÇÃO

O direito probatório brasileiro apresenta numerosas questões tormentosas. Uma delas consiste, sem sombra de dúvidas, na possibilidade de o juiz determinar a produção de prova de ofício, com fulcro no art. 370, do CPC. Outrossim, o tema guarda enormes problemáticas de ordem prática e teórica, de modo que uma análise de forma sistemática se impõe.

Inicialmente, devem ser analisados os conceitos de norma e enunciado normativo, bem como a distinção entre normas de conduta e de estrutura, pois são premissas teóricas relevantes quando se analisa o processo de decisão jurídica. Seguidamente, importantes apontamentos devem ser feitos a respeito do ônus probatório no processo civil brasileiro e da questão relativa à verdade, fator relevantíssimo para toda discussão que envolva a prova e a oficialidade probatória.

Após sucessivas considerações a respeito de elementos essenciais para a compreensão do tema, questiona-se, ao fim e ao cabo, qual a utilidade e/ou funcionalidade do dispositivo supramencionado, tendo em vista que a oficialidade probatória trata de possibilidade assegurada pela legislação e aclamada doutrina e jurisprudencialmente.

PREMISSAS TEÓRICAS: NORMA E ENUNCIADO NORMATIVO; REGRAS DE CONDUTA E DE ESTRUTURA

Somente é possível compreender adequadamente os aspectos probatórios e as consequências do exercício do ônus atribuído – conceitos e elementos que serão adiante melhor vistos – se restarem bem delineadas a distinção entre norma e enunciado normativo, e as noções das normas de conduta e de estrutura.

Antes de mais nada, o primeiro grande apontamento a ser feito diz respeito à distinção entre norma e o enunciado normativo. É que a diferença, ainda e infelizmente, guarda tormentos de forma despercebida, resultando na confusão entre o próprio texto e a norma que dele decorre, fruto da interpretação. Um clássico exemplo basta para, de forma simplificada, sanar as dúvidas. O texto de uma placa no elevador de um condomínio diz "É proibido entrar com roupa de banho". Agora esse mesmo texto se faz presente em uma placa a cem metros de uma praia de nudismo. Nota-se que o texto é o mesmo, a norma, porém, é completamente distinta.

Justamente por isso, o intérprete desempenha função essencial no fenômeno jurídico. Sem ele, simplesmente o direito não se manifesta. Porquanto este seja construído e modificado pelos homens, a lógica jurídica requer necessariamente o manuseio da linguagem, sendo assim, a participação de quem lhe oferece sentido é indispensável.

Sob essas premissas, insta gizar que a atividade jurisdicional leva à criação do novo. Isto é, o julgador, como intérprete, cria o direito ao decidir, e do produto de sua atividade também se extrai norma.

Entender que do produto da atividade jurisdicional se extrai norma implica admitir que seu conteúdo é dotado de sentido objetivo, situando-se para além do texto e da mente do destinatário. Ora, o juiz, ao decidir, produz novos enunciados normativos que também viram normas a partir da interpretação, e evidentemente essa atividade

interpretativa encontra óbices na própria linguagem prescritiva[1]. Quer-se dizer que, apesar da distinção feita, não significa, nem de longe, que o texto não possui relevância ou que esteja à livre disposição do intérprete[2].[3]

Percebe-se, desse modo, que a atividade jurídica pressupõe constante manejo da linguagem, da interpretação e da percepção de cada nível existente atrelado a essa atividade, nível aqui entendido como o momento em que cada norma se apresenta, sem qualquer pretensão hierárquica – há norma para atividade legiferante; há norma para a conduta privada; há norma para a conduta no processo; há norma para o procedimento; há norma para decidir; há norma na decisão, etc.

Outrossim, cumpre realçar que "a norma decorrente da atividade jurisdicional interpretativa, marcada pela concretude, não elimina a existência de outras (normas gerais e abstratas) anteriores e preexistentes ao ato de aplicação[4]." É nessa ordem de ideia que a classificação entre norma de conduta e de estrutura se mostra sobremaneira pertinente.

No ponto, acompanhando a precisa lição de Gabriel Ivo[5], o direito não apenas tem o fito de regular a conduta das pessoas em suas relações intersubjetivas. Mais que isso, a conduta da própria produção de outras normas também é objeto da disciplina do direito, isto é, normas que aparecem em condição sintática para a elaboração

1 NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. **Nome da revista**, ano 46 n. 181, p. 324, jan./mar. 2009.

2 Não é da finalidade desse estudo se imiscuir a respeito de questões da hermenêutica. É suficiente, para o corte metodológico aqui pretendido, analisar que a norma decorre da interpretação e não se confunde com o enunciado normativo, mas sem qualquer pretensão de desprezo – muito ao contrário – ao texto.

3 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, analítica e argumentação: distintas visões sobre a discricionariedade judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 25, n. 2, p. 383, maio/ago. 2020.

4 NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. **Nome da revista**, ano 46 n. 181, p. 323, jan./mar. 2009.

5 IVO, Gabriel. **Norma jurídica:** produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006. p. 26.

de outras. Exatamente por isso que Miguel Reale[6] categoriza estas últimas como normas de organização, de caráter instrumental, tendo em vista que sua função visa à estrutura e ao funcionamento de órgãos ou da disciplina para a produção de outras normas, diferentemente das normas de conduta.

A respeito das normas de conduta, é preciso asseverar que elas são determinações comportamentais com preceitos que geram obrigações, proibições ou permissões.[7] Rigorosamente, as normas de estrutura não variam, ao menos na formatação esquelética, das normas de conduta, distinguindo-se, no entanto, da finalidade que lhe é inerente. Por isso mesmo, Aurora Tomazini de Carvalho[8] é cirúrgica ao dispor que as normas de estrutura, ou de organização, são "voltadas igualmente para as condutas das pessoas, porém, como objetivo final os comportamentos relacionados à produção de novas unidades jurídicas", sendo esse o critério diferenciador.

Em elucidativa e brilhante assertiva, Paulo de Barros Carvalho[9] coloca à norma de estrutura, para o direito positivo, "o mesmo papel que as regras da gramática cumprem num idioma historicamente dado", considerando que elas prescrevem a forma de combinação dos incontáveis vocábulos e das inúmeras expressões para produzirmos orações, construções providas de sentido.

Dadas essas premissas iniciais, adentra-se na análise dos aspectos probatórios, com enfoque para a problemática da oficialidade jurisdicional.

6 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 97.

7 SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 92.

8 CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito** – o construtivismo lógico-semântico. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 265.

9 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 197.

Em síntese, todo processo tem começo, meio e fim, de um modo ou de outro. Para que haja tal desfecho, regras de estrutura irão preceituar sobre a atividade das partes a fim de que o julgador possa confeccionar, portanto, a decisão – em seu mais amplo sentido. Nesse sentido, sem dúvida o ônus da prova consiste em um dos mais importantes regramentos da atividade jurisdicional, pois direciona formas de proceder tanto às partes como ao juiz.

Fundamento primordial ao propósito do processo, as regras estruturais do ônus da prova impedem o proferimento de decisões arbitrárias, com escopo nas preferências e preconceitos pessoais, ao tempo em que evitam o *non liquet*.[10] A respeito deste, tem-se que o juiz está obrigado a julgar, inclusive quando as provas forem ausentes, insuficientes ou inadequadas. A inafastabilidade jurisdicional, além do consagrado entendimento constitucional, encontra guarida específica no art. 140, do CPC, ao dispor que "o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico". Ante a vedação ao *non liquet*, portanto, a atividade jurisdicional depende de mecanismos – regras de estrutura que irão preceituar como se decide – que permitam "a verificação concreta de situações de indefinição probatória".[11]

Assim, diante da impossibilidade de escusa jurisdicional em proferir decisão, a distribuição do ônus da prova permite, além de se dirigir às próprias partes, que o julgado formule entendimento diante da ausência de convencimento sobre os fatos apresentados, justamente

10 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 560 e 561.

11 RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 506.

em decorrência da escassez probatória que não pode impor óbice para o julgamento.[12]

Acompanhando a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[13], o ônus da prova visa estimular as partes sobre seus encargos probatórios, advertindo-lhes dos riscos diante de eventual inércia. Simultaneamente, dirige-se ao juiz para que, ao término do processo cognitivo de análise do material probatório – ainda que deficiente ou até mesmo inexistente –, ele possa proferir decisão recaindo as consequências sobre quem deveria provar e não o fez.

Importante consideração é colocar o ônus probatório como uma faculdade disponível às partes, com consequências previstas anteriormente destinadas à consecução de um interesse. Por conseguinte, abre-se ao indivíduo a oportunidade para que haja positivamente, sob pena de ter que arcar com as consequências do encargo não cumprido. De origem latina, o ônus representa um fardo, carga, peso que devem ser suportados.[14]

Vitor de Paula Ramos[15] aborda a ideia de que:

> Ônus, em resumo, pode ser definido da seguinte forma: (a) é uma situação passiva subjetiva, com estado de sujeição 'brando'; (b) atribuído por regra jurídica imperativa;
> (c) que descreve comportamento (positivo ou negativo) 'apreciado' pelo Direito, mas não categoricamente exigido; (d) que dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha entre opções igualmente lícitas, fazendo

12 THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/15. **RJLB,** ano 2, n. 4, p. 1453, 2016.

13 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 483.

14 THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/15. **RJLB**, ano 2, n. 4, p. 1452, 2016.

15 RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 265.

> com que a não adoção do comportamento 'desejado' não seja, portanto, ilícita; (e) que não permite que o Direito utilize sua força, seja mediante técnicas coercitivas, seja mediante técnicas sub-rogatórias, para forçar o sujeito a adotar o comportamento 'desejado', já que (f) a consequência jurídica para a adoção ou não adoção do comportamento estará prevista na própria regra.

Em miúdos, porquanto oportuno, a distribuição do ônus da prova às partes designa as consequências de eventual carência probatória, por isso que a carga probatória se dirige às próprias partes, pois indica quais os pontos que devem ser provados em seu respectivo interesse – não como obrigação ou necessidade, somente como submissão das consequências oriundas da produção, ausência ou insuficiência – e também ao julgador, indicando como se deve decidir na hipótese diante das provas apresentadas – ou apresentadas de forma deficiente ou não apresentadas, evitando-se o *non liquet*.[16]

É com fundamento nesses apontamentos iniciais sobre o ônus da prova que se pode afirmar que grande preocupação procedimental se encontra, ao menos teoricamente, sanada: como dar fim ao litígio na dúvida. A regra de estrutura prevista na legislação, especificamente o disposto no art. 373, do CPC, irá conduzir a produção da norma jurídica veiculada na decisão. Assim, consoante Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa[17], "não sendo possível ao juiz decidir, a lei decide por ele, determinando imperativamente quem há de suportar as consequências da falta da prova".

16 RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 507 e 508.

17 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 559.

Contudo, todas essas considerações apenas seriam suficientes para a lisura total do sistema processual se houvesse desapreço pela verdade, o que definitivamente não é o caso do ordenamento brasileiro, como agora se analisa.

CONVENIÊNCIA OU COMPROMISSO COM A VERDADE?

Analisar o direito probatório significa, automaticamente, fazer relação com a verdade. Esta, categoricamente, sempre foi objeto de profundos estudos e, de forma incontroversa, permeia todos os campos da vida humana. Em tal perspectiva, o estudo da prova se perfaz não apenas dogmaticamente, mas, também, numa abordagem multifacetada, "com implicações filosóficas, culturais e epistemológicas que remontam à própria busca do homem pela verdade (o anseio pela obtenção de um conhecimento verdadeiro)".[18]

Focalizando na questão processual, a demonstração dos fatos em projeção de compromisso com a verdade sempre foi ponto de muita preocupação do processo judicial, na finalidade de instruir o juiz ao máximo possível para a responsabilidade da atividade jurisdicional, sendo genuína diretriz de comportamento dos sujeitos[19]. Ora, se a verdade for bússola orientadora do processo, maiores serão as chances de êxito da decisão justa – justiça enquanto decisão conforme a verdade – "quanto mais completo for o material probatório a sua disposição, de modo que as limitações probatórias devem incidir apenas quando estritamente necessário para a salvaguarda de outros valores igualmente relevantes."[20]

18 RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 502.

19 IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil,** v. 13, n. 97, p. 279, set./out. 2015.

20 NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no

Com efeito, Vitor de Paula Ramos[21] obtempera que é importante diferenciar o "estar provado do ser verdadeiro". É que, apesar da função probatória se voltar à verdade, no sentido de que é seu fim precípuo, algo que se prova, processualmente, não deve ser necessariamente verdadeiro. É possível que algo reste provado quando existirem elementos suficientes que militem a favor de determinado entendimento a ser reconhecido em juízo, mas que independa da veracidade ou falsidade da proposição.

No âmbito cível, por exemplo, o que impede de determinada parte confessar, de forma plenamente lícita, um fato em favor da parte contrária – restar provado, portanto – e isso não corresponder à realidade? Aliás, tal problemática ganhará ainda mais relevância quando da abordagem dos negócios jurídicos processuais, que podem, por exemplo, simplesmente obstaculizar determinada produção de prova, impedindo a descoberta da verdade mesmo diante do que ficou provado nos autos.

Nesse trilhar, anote-se que "a existência de um mundo externo, independente do que se diz dele, não é impedimento para a construção de assertivas que possam ser falseadas".[22] O sistema jurídico não tem interesse de colocar a verdade como seu fundamento máximo, principalmente no campo do processo civil, tanto que, apesar da verdade constituir em importante critério de legitimação da decisão, é bem possível a decisão ultimar-se pelo que ficou procedimentalmente constituído.[23] Não seria novamente o caso dos negócios jurídicos processuais? Indo além, não seria o caso da vedação das provas ilícitas?

---

processo civil. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 55.

21 RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 267.

22 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 288.

23 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 291.

De todo modo, o art. 77, I, do CPC, é claro ao preceituar que é dever de todos que de alguma forma participem do processo expor os fatos em juízo conforme a verdade. Igualmente, o art. 378, também do CPC, ao estabelecer que "ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade". A primeira indagação que se coloca, então, é como compatibilizar essa disposição com os interesses costumeiramente adversariais das partes. Opinião curiosa a respeito é a que defende a opção de escolha sobre qual alegação de fato irá ser levada ao processo, sendo que, no que for levado, deve ser exposto conforme a verdade em completude.[24]

Ora, isso, por si só, já demonstra que a ideia filosófica de verdade não é a utilizada processualmente, pois, conforme tal entendimento, a verdade seria fracionada, consoante cada alegação de fato, enquanto a completude da situação não se encontra descoberta. A valer, a verdade existe e é absoluta, porém impossível à cognição humana transcrevê-la no mesmo plano. Todavia, isso não impede que sejam criados critérios mínimos de racionalidade.

Assim, em rigor, o objeto da prova recai nas alegações fáticas das partes e não sobre eles propriamente ditos, pois são as alegações que constroem as assertivas dos episódios fenomênicos, de modo que o fato é reconstrução narrativa dos elementos sustentados, sendo impossível imprimir-lhes nova ocorrência, mas somente apresentar versões sobre eles.[25]

Aproveitando o ensejo, válido transcrever o que leciona Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[26], quando apontam que o dever de veracidade é exigível somente sobre as

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 230.

25 RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 503.

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 230.

alegações de fato que as partes levem ao processo, não se exigindo, ao contrário, que elas aleguem fatos que possam levar à improcedência do pedido. Essa visão é especialmente curiosa, pois se admite que nem toda a verdade está exposta em juízo, ao tempo que imputa o dever de expor a verdade fracionada – do que foi levado à cognição judicial.

Definitivamente, "os fatos são veiculados através de anunciados"[27], constituindo categorias linguísticas. Ainda conforme Beclaute Oliveira Silva[28], comparação que vem a calhar é da imagem da justiça com venda nos olhos, de modo que, apesar de não ver, é capaz de ter contato com os fatos justamente a partir das versões trazidas pelas partes, reconstruindo, portanto, mentalmente os fatos a partir dos enunciados. E isso é a verdade? Corresponde à realidade? Estes conceitos, aqui, não são mais absolutos, mas, sim, suficientes para conformação válida e legítima da existência dos enunciados sobre os fatos que servirão para o funcionamento antecedente da norma de decisão.

Não se pode afirmar que não exista a verdade. Ela existe. Aristotelicamente, é aquilo que é. Pensemos na morte. Não importa como, não importa quando, não importa em qual idioma se chame, não importam as acepções religiosas ou metafísicas que existam em torno dela, ou qualquer outra reflexão, a morte simplesmente é o que é, para além de toda relativização humana. Bela passagem pode ser retirada da obra Romeu & Julieta[29], quando Julieta fala que "o que chamamos de rosa, sob uma outra designação teria igual perfume."

Por essa razão, a verificação da verdade em fins processuais diz respeito à veracidade das afirmações fáticas que se fazem, logicamente dentro das limitações à cognição humana e o respectivo

27 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 291.

28 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 291 e 292.

29 SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta.** [S. l.]: Ridendo Castigat Mores, 2000. p. 54.

acesso precário que se tem. De toda forma, a relação entre prova e verdade é direta, justamente na intenção de se provar a veracidade das afirmações que se fazem em torno dos fatos.[30] Tal estreita relação é crucial para conferir lisura ao processo decisório. Ainda nessa ordem de ideias, válido assinalar, com base em Jordi Ferrer Beltrán[31], que "a prova deve ser considerada como o meio através do qual o direito pretende determinar a verdade das proposições no marco do processo judicial."

Conforme apontado, e é o que se defende abertamente neste trabalho, a verdade é importante critério para legitimidade do processo e da decisão jurídica. Contudo, não constitui sua finalidade, embora o sistema possa utilizá-la para o ato de decidir.[32] E isso se dá tanto pela precariedade da cognição humana, como pela própria exigência de por fim ao processo mesmo nas hipóteses de deficiência ou ausência de comprovação da dita verdade.

Ora, apesar de todas as problemáticas de compatibilização normativa existentes – que serão abordadas adiante –, definitivamente o sistema legal se preocupou com a verdade e sua respectiva relevância para o processo, vide, por exemplo, os artigos do CPC supramencionados. Como colocado por Celso Hiroshi Iocohama[33], o conceito da verdade transita entre a correspondência ao real até o plano oposto da utopia, em que jamais poderia ser repetida, justamente a delimitação teórica necessária para a adequada compreensão dos

30 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 329 e 330.

31 BELTRÁN. Jordi Ferrer. ***Prueba y verdade en el derecho***. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales. 2005. p. 31 (tradução livre). No original: "la prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial."

32 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 301.

33 IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil**, v. 13, n. 97, p. 28, set./out. 2015.

diferentes planos da conceituação do termo, sendo impossível alocar a verdade ontológica na realidade processual.

De mais a mais, a verdade como critério de legitimidade, mas não como fim precípuo do processo, transborda, também, na distinção da busca da verdade entre o processo civil e o processo penal. É que os princípios informativos e a natureza do direito influem decisivamente para a distinção entre os modelos de processo. Tome-se, a título de exemplo, a total diferença entre o valor da confissão nos dois âmbitos. Isso reflete, sobretudo, nos poderes instrutórios do juiz em busca da máxima correspondência com a verdade, tendo em vista que os fundamentos probatórios "seriam distintos em relação ao processo civil e ao processo penal, percorrendo caminhos diversos, senão, por vezes, opostos."[34]

Em vias de conclusão sobre a conveniência ou o compromisso com a verdade, pontua- se que a busca pela verdade é importante, não como necessidade, somente como critério de legitimidade. Ao menos no processo civil, que é o que ora se discute, as regras de estrutura de produção da norma jurídica de decisão autorizam a não correspondência com a verdade em inúmeras oportunidades. É o que se extrai das vedações a determinadas provas, dos negócios jurídicos processuais, dos ônus probatórios e das variáveis presunções. No entanto, a despeito das já existentes regras de estrutura disponíveis para a confecção da decisão judicial, o art. 370, do CPC, aponta que o juiz pode, de ofício ou a requerimento, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. E é sobre isso que agora se reflete.

34 SOUZA, Artur Cesar. O princípio da imparcialidade e a atividade probatória *ex officio* do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n.** 40, p. 176-197, ago. 2019.

OFICIALIDADE PROBATÓRIA EM XEQUE

Foi explanado que a verdade constitui importante aspecto de legitimidade da decisão judicial. Evidentemente, em sendo possível, a busca por ela deve servir como luz na tentativa do melhor deslinde do feito, correspondendo os elementos da decisão judicial, sempre que possível, à realidade. Ocorre que, conforme vastamente defendido, o conceito de verdade não faz parte da finalidade do processo e sem ela o processo não se torna menos íntegro. Ao contrário, o próprio sistema legal, em inúmeras oportunidades, permite – inclusive preceitua obrigando, como ocorre com a vedação da prova ilícita – que seja proferida decisão que não necessariamente alcance a pretendida verdade. E isso se dá de várias formas.

Mesmo assim, a ideia centralizada no processo justo enquanto melhor se refira à verdade ainda é pauta recorrente e forte, talvez pela importância humana que o conceito guarda consigo. Tudo que é falseado, pensando-se teoricamente, deve ser afastado. Ninguém quer enfrentar um processo, diga-se, fundado no que não é verdade. A relevância do termo, portanto, manifesta- se, inclusive tendo a legislação querido servir a esse propósito, vide os já exemplificados artigos 77, I e 378, do CPC. A fim de ilustrar tal entendimento:

> É possível concluir que não é compatível com o sistema jurídico imaginar-se fazer justiça com a aplicação do direito mediante a consideração de fatos que deturparam a história passada. A preocupação com a verdade coaduna com o reconhecimento dos escopos norteadores do processo para a atuação jurisdicional e, na combinação de ambos, tem-se por essencial compreender que o processo não somente serve como um instrumento das partes, mas como elemento fundamental da atividade estatal e da responsabilidade de se aplicar a jurisdição dentro

> de parâmetros éticos, atendendo ao combinado de escopos sociais, políticos e jurídico.[35]

Ainda nesse trilhar de ideias, Eduardo Cambi[36] arremata que é através da admissão, produção e valoração da prova que será possível maximizar a proximidade do magistrado com os fatos tal como aconteceram e que, além do mais, o processo não poder ter o único intuito de pôr fim a uma disputa, pois se assim fosse, desnecessária seria a produção probatória e a reconstrução dos fatos.

Sobre tal ponto específico, Vitor de Paula Ramos[37] é ainda mais incisivo, afirmando que se o direito probatório não se voltar à finalidade de buscar a verdade, isto é, funcionar como instrumento para que espelhe aquilo que realmente ocorreu no mundo real, não haveria qualquer razão para que alguém se comportasse conforme as normas jurídicas, perdendo o direito, deste modo, sua capacidade de ordenar. E mais, inexistiria vinculação entre condutas individuais e consequências jurídicas, sendo preferível abolir qualquer tipo de prova e retornar aos métodos antigos de resolução dos conflitos, céleres e baratos, "como jogar uma moeda para o alto."

Ainda nessa linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni[38] afirma categoricamente que o direito fundamental à tutela jurisdicional é incondicional, de modo que a importância da coisa julgada material não pode ser relativizada em contraponto ao dever do julgador de buscar se convencer da verdade, de modo que, por exemplo, eventual

35 IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil,** v. 13, n. 97, p. 285, set./out. 2015.

36 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC. **Revista de Processo**, v. 246, p. 02, ago. 2015.

37 RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. *In.*: DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 268.

38 MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. **Revista de processo**, n. 288, p. 133 e 134, fev. 2019.

acordo probatório que restringe a produção de prova "nega o direito fundamental à tutela jurisdicional pautada em convicção de verdade".

Pois bem. Sob a premissa de que a decisão não pode ser considera justa em desapreço pela avaliação de veracidade/falsidade dos elementos sustentados que se insere a oficialidade probatória. Não por outra razão, Robson Renault Godinho[39] assinala que "a tendência atual é o reconhecimento legislativo de poderes instrutórios do juiz, sendo que no brasil a jurisprudência é firme em conferir imensa amplitude na determinação oficial da prova". E mais, o referido autor apresenta uma série de reflexões a respeito do tema:

> Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrole do critério judicial é absoluto e o arbítrio será coonestado; se for considerado um dever, ou poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensejara problemas outros. Se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados. Se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmos é prejudicial e uma discussão ampla e que precisam ser debatidas e refletidas.[40]

39 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 353.

40 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 358.

Com fulcro no art. 370, do CPC, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as provas necessárias ao julgamento do feito. O dispositivo abre margem, portanto, para que o julgador possa, caso entenda necessário, proceder à instrução de ofício. Quer-se dizer, em miúdos, que o juiz poderá atuar ativamente na perseguição das provas que se mostrarem imprescindíveis para a melhor solução do litígio.

Esse entendimento, como visto, encontra respaldo, sobretudo, na valorização da verdade dentro do processo, de modo que essa postura ativa em busca de provas que melhor substanciem a compreensão dos fatos não se confunde com a nocividade do ativismo judicial desmedido, mas, sim, de, "por necessidade e autorização normativa, pretender e conduzir a fase instrutória, de forma ativa, com o objetivo de concretizar, da melhor forma possível, as provas."[41]. Ou seja, não obstante a instrução fique a cargo das partes, consoante a distribuição dos ônus, o julgador pode, simplesmente, em tese zelando pelo bom andamento processual, produzir prova de ofício, evitando a presença de dúvidas na fundamentação.[42]

De longe, as intenções são louváveis de quem enxerga a oficialidade probatória com bons olhos. Contudo, ocorre que algumas situações são problemáticas, temerárias e, infelizmente, terminam passando despercebidas na atividade jurisdicional. Válido ressaltar com notoriedade que há sério perigo de condução autoritária e tendenciosa do processo sob o pretexto da democracia, através de investigação desenfreada com extrapolação de preclusões e limitações probatórias[43] impostas pela própria lei ou pela vontade das partes.

Pensar na justiça do processo enquanto, dentre vários outros aspectos, busca pela verdade, implica a necessidade de se imiscuir

41 THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/15. **RJLB**, ano 2, n. 4, p. 1443, 2016.

42 THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/15. **RJLB**, ano 2, n. 4, p. 1454, 2016.

43 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 355.

nas controvérsias decorrentes desse entendimento positivado no ordenamento e vastamente difundido na doutrina nacional.

Por conseguinte, a primeira reflexão que se impõe é se a prova judicial de ofício fere a imparcialidade que deve servir de orientação para a atuação do juiz. Não apenas isso. Onde a produção probatória de ofício encontra obstáculo? O negócio jurídico processual sobre determinada prova impede a oficialidade da instrução? Como compatibilizar as regras de julgamento já dispostas pela distribuição dos ônus probatórios? Se ninguém é obrigado a produzir prova contra si, o juiz pode atuar de ofício e superar esse permissivo previsto no art. 379, do CPC? A oficialidade probatória é uma faculdade do juiz ou um dever? São apenas algumas questões que, de início, já se apresentam e merecem ser respondidas.

Cumpre admitir, antes de mais nada, que "a temática dos amplos poderes instrutórios do juiz no processo civil (prova de oficio) gravita no centro do aquecido debate 'ativismo versus garantismo processual'".[44] Essa observação ideológica em torno do processo é crucial para a compreensão da amplitude de poderes. Por vezes, a força jurisdicional encontra guarida em cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, aspectos de flexibilização processual etc. O CPC atual está repleto de blocos normativos que expõem essa tendência, em nome do justo e do efetivo. Por outro lado, o mesmo CPC também intenta assegurar a vontade das partes, permitindo que elas disponham sobre pontos disponíveis e sejam respeitadas por eventual deliberação processual. Outrossim, o mesmo CPC também busca proteger, cada vez mais, o indivíduo diante do aparelhamento do Estado-juiz, vejam-se as inéditas disposições, por exemplo, a respeito do contraditório e da fundamentação analítica.

Ao que parece, e é questionável até que ponto isso é positivo, a legislação processual tentou agradar a gregos e troianos, inovando e dispondo sobre tudo ao mesmo tempo sem clarear as regras e as

44 RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.**). Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 43.

excepcionalidades. É o que parece ter ocorrido, à primeira vista e num olhar superficial, com o direito probatório. Há regras de distribuição do ônus da prova, mas permite que o juiz instrua de ofício em busca de uma pretensa verdade. Há regras sobre o dever de expor os fatos conforme a verdade, mas permite que a parte se escuse, como exceção, de apresentar determinados fatos – mas mantendo a oficialidade probatória. Há também permissivo para o negócio jurídico probatório – inclusive de forma típica, consoante o art. 373, § 3º ou art. 357, § 2º – ao tempo que a oficialidade instrutória continua se impondo.

Segundo Celso Hiroshi Iocohama[45] é certo afirmar que, ainda que a verdade seja importante, ela não é um fim absoluto em si para o processo. Muitas vezes, é suficiente que obtenha a verossimilhança. Inclusive, é plenamente possível que haja improcedência com análise do mérito diante da total ausência de prova, fazendo coisa julgada material. Reforce-se, assim, a lição reverberada no início desse trabalho: estar provado não é ser verdadeiro.

Na tentativa de compatibilizar a problemática da oficialidade probatória e das regras de julgamento, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[46] sustentam que se trata de questão de momento. Explica-se. A distribuição dos ônus probatórios não impede que haja a instrução de ofício na tentativa de exaurir todas as possibilidades de produção de prova, aplicando-se as regras de estrutura dos ônus probatórios somente após todas essas tentativas.

No entanto, além de não encontrar qualquer indicativo legal para esse entendimento, esse apontamento não responde a inúmeros outros problemas que serão melhor desenvolvidas a seguir.

COMPATIBILIZAÇÃO DA OFICIALIDADE PROBATÓRIA NUM PRISMA SISTEMÁTICO

45 IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil**, v. 13, n. 97, p. 281-282, set./out. 2015.

46 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 479.

Alguns questionamentos foram realizados no tópico anterior na tentativa de provocar o leitor a respeito de algumas problemáticas da oficialidade probatória. Nesse momento, algumas respostas merecem ser reproduzidas consoante as premissas sustentadas ao longo do trabalho, quais sejam: o processo não se preocupa, em última análise, com a verdade; ainda que esta seja considerada relevante, restringe-se à maior legitimidade da decisão e atuação das partes, mas não como um fim a ser perseguido irrestritamente.

Não é a pretensa e utópica verdade que a tutela jurisdicional deve visar. Ao contrário, o sistema processual se contenta com presunções e limitações cognitivas em inúmeras oportunidades. Feliz a afirmação de que "a busca da verdade já é limitada pelo próprio sistema jurídico".[47] Como já exposto, a vedação à prova ilícita, os permissivos dos negócios jurídicos processuais, as presunções existentes na legislação, revelia, não impugnação específica, eventualidade contestatória, são exemplos de flagrantes limitações à pretensa verdade.

Exatamente nessa linha de raciocínio, Marcella Alves Mascarenhas Nardelli[48] assinala que a verdade não é o único valor do processo, sendo obtida às custas dos demais direitos, existindo, portanto, vários motivos que obstaculizarão seu alcance.

Pois bem. Glauco Gumerato Ramos[49] condensa adequadamente os argumentos em defesa da oficialidade probatória:

> Em linhas gerais os fundamentos dessa concepção atrelam-se a certos argumentos como: i) o juiz tem o compromisso constitucional de bem julgar; ii) a busca da verdade real seria um dever do juiz para

47 JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 11, v. 18, n. 1, p. 236, jan./abr. 2017.

48 NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no processo civil. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 55.

49 RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. **Revista de Direito Processual Civil,** v. 1, n. 1, p. 42, jan./jun. 2019.

> que lhe seja possível prolatar uma sentença justa; iii) devido ao caráter publicístico do processo, o juiz deve atuar de maneira a suprir as eventuais deficiências técnicas da parte; iv) quando o juiz determina a prova de ofício não sabe exatamente a qual das partes o respectivo fato, uma vez provado, poderá beneficiar (= princípio da aquisição).

Em referência ao compromisso de bem julgar, tal conceituação é temerária e não pode ser admitida sem as devidas ressalvas. O que seria o bom julgamento? Conforme a verdade? Ora, esse ideal da decisão justa é utópico e fantasioso. Se o bom julgamento depende da relação de veracidade, viu-se que tal é impossível, e não apenas por conveniência, mas também por impossibilidade fática e, sobretudo, do próprio ordenamento.

O apontamento de que o juiz não sabe a quem a prova irá aproveitar também é ilusório. É, por exemplo, a defesa de Hugo de Brito Machado Segundo[50], ao aduzir que a prova pode reduzir ou afastar a certeza, bem como confirmá-la, sendo impossível antever esse resultado antes de sua produção, de modo que não necessariamente ajudará o autor ou o réu de uma demanda. Ocorre que, com o devido respeito, o julgador já está vinculado pelas regras de estrutura de distribuição do ônus da prova, as quais formulam como a decisão deve ser guiada. Consequentemente, determinado aproveitamento de prova só poderá beneficiar a uma das partes, o que flagrantemente afeta a imparcialidade. O raciocínio se explica.

A distribuição estática do ônus da prova, nos termos do art. 373, do CPC, estabelece a incumbência de cada comprovação a ser feita pelas partes. Com base nessas regras – e não é necessário discutir, nesse momento, eventual dinamização, autorizada pelos parágrafos primeiro e terceiro, vez que ela apenas alteraria o sentido da regra de estrutura do proferimento da decisão – o julgador já está munido de

50 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 334 e 335.

como a decisão deve ser proferida diante dos elementos probatórios disponíveis no processo. Se diante dos elementos probatórios já existentes o juiz não tem como julgar procedente a demanda, a oficialidade probatória apenas pode favorecer o autor, tendo em vista que o julgamento imediato já favorecia o réu. Ou seja, a constituição de prova de ofício que porventura favoreça o réu, apenas manterá o mesmo sentido que seria obtido inicialmente.

O mesmo se diga quando ocorre o contrário. Se diante dos elementos probatórios já existentes nos autos o juiz está tendencioso a julgar procedente a demanda, consoante as regras de estrutura dos ônus, eventual oficialidade probatória somente pode favorecer o réu, tendo em vista que o julgamento naquele estado do processo já seria procedente. Pensemos num exemplo.

Tome-se uma ação de reparação por danos materiais. O autor alega que possui um carro de elevado valor e que o réu foi responsável por alguns arranhões que causaram grandes prejuízos, pois a lataria do seu automóvel é importada e tem um alto custo. Contudo, apesar dessas afirmações, apenas anexa aos autos figuras do carro aranhado, sem qualquer outro apontamento probatório. O réu, quando oportunizada a defesa, afirma incisivamente que desconhece os fatos narrados na inicial, argumentando insuficiência probatória. Ambos ficam inertes a respeito da produção de outras provas. Ora, percebe-se, claramente, que diante desse simples exemplo, a ação teria que ser julgada improcedente, tendo em vista que o autor não desincumbiu do seu ônus. Se o juiz ordenar de ofício, por exemplo, a obtenção das imagens de câmeras de segurança da rua, essa prova somente pode favorecer o autor, vez que ele já seria sucumbente. Se as imagens provarem que o réu realmente não foi responsável, a decisão de improcedência apenas seria confirmada.

Francamente, não há sentido em comprometer a parcialidade em detrimento de um conceito ideológico de processo justo. Em nome da verdade, o juiz simplesmente atuaria em nome de uma das partes, prejudicando diretamente a outra. Por isso mesmo,

concorda-se com Glauco Gumerato Ramos[51] quando este afirma que os poderes instrutórios de ofício, diante do convencimento do juiz que há insuficiência de prova, "denota uma irrecusável parcialidade na condução do procedimento probatório."

Todavia, interessante contraponto foi feito pelo mesmo Hugo de Brito Machado Segundo[52] quando alega que se a oficialidade probatória pode favorecer a uma das partes, a escolha do juiz pela inércia também tem esse mesmo condão, podendo até mesmo servir de instrumento para dar razão a quem não tem, fugindo, por tabela, do processo justo. Na mesma linha de raciocínio, Robson Renault Godinho[53] aduz que a questão da parcialidade do juiz quando da oficialidade probatória parece estar bem equacionada, pois "tanto a ação judicial quanto a omissão em matéria probatória possui potencial para favorecer uma das partes."

Porém, essa visão encontra obstáculo em dois pontos. Primeiro que essa problemática apenas se dá se a oficialidade probatória realmente for uma faculdade do juiz a todo tempo, o que certamente pode tornar arbitrária a sua atuação de acordo com o caso concreto, opinião que esse trabalho refuta efusivamente. Segundo que tal injustiça não ocorreria simplesmente porque a própria legislação distribui os ônus da prova, em regras de estrutura, incumbindo previamente a cada parte o que deve provar sob pena das consequências decorrentes da inércia. Ou seja, as partes já sabem previamente quais devem ser suas condutas em correspondência aos seus interesses, além de que nada impede eventual requerimento destinado ao julgador sobre a produção de determinada prova.

51 RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 1, n. 1, p. 46, jan./jun. 2019.

52 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 335 e 366.

53 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 354.

Além de entender que, em tese, a oficialidade probatória ofende a parcialidade em contraponto às regras de distribuição dos ônus probatórios, a legislação também protege a não produção da prova contra si, nos termos do art. 379, do CPC. Se, nessa hipótese, o juiz pretender produzir prova de ofício, evidentemente ele agirá de modo favorável à parte contrária sob o perigoso pretexto de justiça da decisão, mais uma vez em nome da verdade.

Outra grande controvérsia em torno da oficialidade probatória diz respeito à limitação da cognição do julgador em face de eventual negócio jurídico processual sobre prova. Nesse caso, a problemática reside da possível limitação do suposto descobrimento da verdade em detrimento de algum negócio feito pelas partes. Imagine-se, por exemplo, que os indivíduos, em comum acordo e de forma lícita, celebraram negócio para a não produção de prova pericial sobre determinada questão. O juiz poderia, nesse singelo exemplo, determinar a perícia com base no dever de descobrimento da verdade?

Luiz Guilherme Marinoni[54], refletindo sobre tais aspectos, aponta que determinado acordo processual que restringe a produção de prova nega o direito fundamental da tutela jurisdicional pautada na verdade. E mais, que a convenção não pode restringir provas necessárias para a solução do litígio, sendo certo que "o juiz, considerando que o acordo não pode proibir a formação de sua convicção, pode determinar a prova, justificando."[55]

Contudo, no ponto, é preciso asseverar que o ordenamento jurídico brasileiro está estruturado, em grande medida, na primazia à autocomposição, inclusive nas questões probatórias, e justamente diante do respeito ao autorregramento da vontade no processo, a função do juiz se limita a controlar a validade do negócio dentro do espaço deixado de normas cogentes.[56] Ou seja, o controle do juiz se

54 MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. **Revista de processo,** n. 288, p. 134, fev. 2019.

55 MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. **Revista de processo**. n. 288, p. 137, fev. 2019.

56 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 261.

dá sobre a validade do negócio, jamais em critério de conveniência ou oportunidade.[57]

Como vastamente foi exposto, não encontra guarida no sistema jurídico processual a defesa de justiça da tutela jurisdicional em parâmetros éticos da verdade. Se até mesmo o que se narra na inicial e o que se contrapõe em contestação fica a livre julgo das partes, o que dizer, então, da disponibilidade probatória. Frente a tantas autorizações legais para o afastamento do processo em relação ao ideal de verdade – pontue-se, ideal este longe de ser atingido e definido –, não se justifica a oficialidade probatória para desconsiderar legítimo negócio jurídico processual sobre prova.

Se há claras e evidentes limitações à atividade probatória que afetam a cognição do julgador, o negócio jurídico processual sobre prova é apenas mais uma possibilidade.[58] Com isso, não se pode dizer que há manipulação do julgador pelas partes. Ao contrário, trata-se tão somente de liberdade permitida pela própria legislação que deve ser respeitada pelo juiz, afirmando-se incisivamente que esse espaço de liberdade não pode ser contornado com base em suposta ética, justiça e verdade, simplesmente porque o ordenamento em sua integridade é feito por presunções e autorizações processuais que vão de encontro a essas noções construídas utopicamente. No ponto, como bem leciona Beclaute Oliveira Silva[59], "não se negocia a verdade, mas a verdade é, segundo a prova", funcionando o negócio jurídico processual como estipulação do modo que irá ser produzida a norma de decisão, veiculando, consequentemente, "uma norma de estrutura, já que irá estabelecer como outras normas serão elaboradas, modificadas ou extintas."

57 REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro:** existência, validade e eficácia. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 227.

58 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 366.

59 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In.:*DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 303.

Apesar de todas essas colocações em tom de ressalva, questiona-se, ao final, qual a funcionalidade do disposto no art. 370, do CPC, tendo em vista a possibilidade legal da oficialidade probatória. A esse respeito, diante de todas as considerações feitas, entendemos que a produção de provas de ofício deve ser realizada somente como *ultima ratio* e atendendo a condições específicas do acervo probatório construído pelas próprias partes.

Imagine-se, a título de exemplo, um litígio possessório sobre a delimitação do terreno em que cada parte se diz proprietário. Ambos instruem os autos com seus respectivos documentos, os quais possuem metragens cartorárias distintas. Da mesma forma, as testemunhas arroladas por ambos não foram suficientes para o deslinde das controvérsias, pois o julgador, diante do acervo probatório já realizado, é incapaz de se dirimir das dúvidas. Note- se que, mesmo diante de bons elementos de instrução já produzidos para o caso, o juiz ainda se encontra incapaz de decidir, e as regras de distribuição dos ônus da prova também não se mostram suficientes para o julgamento final. Nesse caso, eventual produção de prova de ofício não ofenderia a parcialidade, pois serviria para decidir o caso sem realmente saber a qual parte aproveitaria.

Em miúdos, somente diante da insuficiência das próprias regras de estrutura dos ônus probatório é que a atuação oficiosa do juiz resta autorizada, ou seja, quando aquelas são incapazes de direcionar o entendimento conforme a proposição apontada por cada parte.

Por outro lado, como se defendeu exaustivamente, qualquer atuação probatória de ofício tomada na assimilação plena das regras de estrutura ofende a parcialidade e deve ser rechaçada. É dizer, a oficialidade probatória não pode afetar as regras de julgamento dispostas legalmente pelo ônus probatório.

Em ultimato, é importante enfatizar que, apesar de não ser a finalidade do processo, a tentativa de busca pela verdade continua sendo fator a ser considerado. No entanto, como se viu, são muitos os óbices legais e sistemáticos para a oficialidade probatória, para além

da própria problematização do conceito de verdade bem distante de ser elucidado – e provavelmente nunca o será.

CONCLUSÃO

Diante das análises procedidas no presente trabalho, chega-se à conclusão de que a produção de provas de ofício é possível, vez que autorizada legalmente e não há óbice constitucional que impeça sua admissão. Contudo, essa atividade instrutória somente deve ser tolerada em situações excepcionais, quando as próprias regras de estrutura do ônus probatório se mostrarem insuficientes para a decisão do caso concreto.

É dizer, conforme o arcabouço probatório produzido pelas partes, se ainda assim as regras de estrutura não forem capazes de direcionar o processo decisório, a oficialidade encontra morada. De outro modo, qualquer atuação de ofício ofenderá a parcialidade e deve ser prontamente rechaçada.

Sobre tais constatações obtidas, importa destacar que, apesar da verdade consistir em relevantíssimo fator de legitimidade e norte de conduta dos sujeitos processuais, não pode ser considerada o fim do processo, tampouco balizada no processo civil em termos filosóficos, políticos ou ideológicos específicos. Essa perspectiva, além de temerária, não se compatibiliza com as limitações probatórias ou presunções impostas pelo próprio sistema processual.

REFERÊNCIAS

BELTRÁN. Jordi Ferrer. ***Prueba y verdade en el derecho***. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales. 2005.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC. **Revista de Processo**, v. 246, ago. 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito***:* o construtivismo lógico- semântico. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil**, v. 13, n. 97, set./out. 2015.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica***:* produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006.

JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. **Revista de processo**. n. 288, fev. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no processo civil. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. **Título da revista,** ano 46, n. 181, jan./mar. 2009.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. *In.:*DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro**: existência, validade e eficácia. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi;

FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada.** Salvador: JusPodivm, 2016.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. [S. l.]: Edição Ridendo Castigat Mores, 2000.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOUZA, Artur Cesar. O princípio da imparcialidade e a atividade probatória *ex officio* do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 40, p. 176-197, ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, analítica e argumentação: distintas visões sobre a discricionariedade judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - **Eletrônica**, v. 25, n. 2, maio/ago. 2020.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/15. **RJLB**, ano 2, n. 4, 2016.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro. *In.:* DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Doutrina Selecionada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

POSFÁCIO

Encerrar uma obra comemorativa que celebra os vinte anos do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (PPGD/Ufal) é, para nós, discentes de diferentes gerações do curso de mestrado, um exercício de responsabilidade acadêmica e de reconhecimento institucional. Este livro materializa uma trajetória coletiva de formação, pesquisa e compromisso crítico com o Direito.

Ao longo das últimas duas décadas, o PPGD consolidou-se como um espaço de reflexão rigorosa e plural, no qual a investigação jurídica não se dissocia das condições históricas, políticas e sociais que atravessam o Estado Democrático de Direito. A leitura dos capítulos que compõem esta coletânea evidencia que o programa formou (e continua formando) pesquisadores e pesquisadoras capazes de problematizar o Direito para além da dogmática posta, assumindo a tarefa de interrogar os fundamentos, os limites e as possibilidades de efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados.

Do ponto de vista discente, a experiência no mestrado do PPGD/Ufal revela-se transformadora. As diferentes turmas que por aqui passaram compartilham uma vivência comum: o estímulo permanente ao pensamento crítico, à autonomia intelectual e ao diálogo interdisciplinar. Ao mesmo tempo, cada geração de discentes traz ao Programa inquietações teóricas e empíricas vinculadas às motivações próprias e aos percursos formativos individuais, contribuindo para a renovação crítica do debate acadêmico no PPGD.

Este livro expressa, com clareza, essa articulação entre continuidade e renovação. Nele convivem distintas abordagens metodológicas, matrizes teóricas e objetos de pesquisa, unificadas pela preocupação comum com a efetividade dos direitos fundamentais e com a construção de respostas jurídicas comprometidas com a dignidade da pessoa humana e a justiça social. Trata-se de uma produção que revela não apenas excelência técnica, mas também sensibilidade institucional e responsabilidade democrática.

Como discentes, reconhecemos que integrar o PPGD/Ufal significa assumir um lugar ativo na produção do conhecimento jurídico, cientes de que a pesquisa acadêmica não se encerra em si mesma, mas projeta efeitos sobre a docência, a atuação profissional e a própria sociedade. A coletânea ora apresentada reafirma esse compromisso, ao tornar acessível à comunidade científica e ao público em geral parte significativa do conhecimento aqui produzido.

Este posfácio, escrito a partir de olhares discentes de diferentes momentos do programa, simboliza a força do PPGD enquanto espaço intergeracional de formação e pesquisa. Que as páginas deste livro inspirem novas investigações, fortaleçam trajetórias acadêmicas e reafirmem o papel do programa como referência pública de ensino jurídico crítico, comprometido com a renovação social e com a realização concreta dos direitos fundamentais.

Maceió, maio de 2026

Cleane Amorim Sibaldo Pergentino Vieira
Discente do curso de Mestrado em Direito Público – PPGD/Ufal
Turma 19 (2024-2026)
Maria Eduarda Rodrigues Teles Ferreira
Discente do curso de Mestrado em Direito Público – PPGD/Ufal
Turma 20 (2025-2027)